

الفتح القدير للعاجز الفقير
كمال الدين بن محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام

الثاني شرح الهداية لابن الهمام



٢١٤

Süleymaniye
Kısım AMCA ZADE HÜSEYİN PAŞA
Yeni No:
Eski Kayıt No 214

بسم الله الرحمن الرحيم اللهم صل وسلم على سيدنا محمد وآله وسلم

باب الرجعة

وجه المناسبة في اعقاب الطلاق بالرجعة ظاهر والرجعة تتعدى وتقاصر يقال رجع إلى اهله ورجعته إلى اهله اي رددته وقال الله تعالى فارجعك الله إلى طائفة منهم ويقال في مصدره ايضا رجعا ورجوعا والرجعي والرجعة بكسر الراء ورجعانا قالوا الى الله رجعانك **قوله** رجعة الرجعي تطلق المدخول بها مرة او مرتين من الثلاث بلا مال او مادون الثنتين ان كانت ممن يصرح الطلاق غير الموصوف والمشبه او بعض الكنايات المخصوصة على ما تقدم في الكنايات واما قبيده بالفاظ الكناية فلان الكناية منها ما يقع رجعيا غير ما فقد شيأ من هذه فليس برجعي كالثلاث وغالب الكنايات ولو بلا مال وكالواحدة على مال وقبل الدخول لانها لا عدة لها مثله فلا تتصور الرجعة والموصوف والمشبه مستدركان على ما في الهداية وغيرها **قوله** لقوله تعالى فامسكوهن بمعروف بعد قوله اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن ثم قوله فاذا بلغن اجلهن اراد ببلوغ الاجل قرب انقضاء العدة اي قاربن انقضاء عدتهن بالاجماع على ان الرجعة بعد الانقضاء في الآية دليل على قيام النكاح بعد الانقضاء في حق الامساك استدامة القائم واعادة الزائل وعلى شرعية الرجعة ثبات او اثبت لان الامر مطلق في التقديرين وقوله تعالى وبعولتهن احق بردهن يتعلق بقوله للاجماع ظاهر في عدم توقف الرجعة على رضاها لانه تعالى جعله احق مطلقا اي هو الذي له حق الرجعة وان ابت هي اداء وحكمته استدراك الروح ما وقع منه من التفريط في حقه من النكاح لا لغيره لا انه له ولغيره وهو احق منه وفي اشتراط العدة اذ لا يكون بعدها بعلا وهو مما دل على قيام النكاح ايضا وقدمنا في باب ايقاع الطلاق ان اطلاق الرد لا يوجب كون البعل مجازا باعتبار ما كان لان الرد يصدق حقيقة بعد انقضاء سببه وزوال الملك وان لم يكن زال بعد بناء رد البائع المبيع في بيع فيه الخيار للبائع كما يقال بعد الزوال يجوز رد المبيع بالعيب ولو تعارضا كان حمل الرد على انه مجاز محافظة على حقيقة البعل اولى من جعل البعل مجازا محافظة على حقيقة الرد لان بإرادة حقيقة البعل يحمل الرجعة امساكا في قوله تعالى فامسكوهن بمعروف او تسريحا بمن المحافظة على الحقيقتين بكون المراد بالرد الرد في الحالة الاولى وهي كونها بحيث تحرم بعد مضي العدة فلا اشكال حينئذ اصلا **قوله** ولانه يدوم بدوام العدة لان الرجعة امساك على الوجه الذي كان اولا وهو الملك على وجه لا يزول بانقضاء المدة وانما لم يملك بعد العدة ليستدام وكانه جواب عن مقدر تعديرا كما وقع الاطلاق بالنسبة إلى رضاها وعدمه كذلك هو بالنسبة إلى قيام العدة وعدمها اجاب بان اشتراط قيامها ما صدر دي لما قلنا **قوله** وهذا صريح الفاظ الرجعة منزع وكتابة فالصريح راجعتك وقد راجعت امراتي وما اغبتها وحضرها ايضا ومن الصريح ارتجعتك ورجعتك ورددتك وامسكتك وفي المحيط مسكتك بمنزلة امسكتك وهما لغتان فهي بصير مراجعا بالبينة وفي بعض المواضع يشترط في رددتك الصلة فيقول الى اوالي نكاحي او الى عصمتي ولا يشترط ذكر الصلة في الارتجاع والراجعة وهو حسن اذ مطلقه ليستعمل لصدا لقبول والخبايات ان انت عندي كما كنت وانت امراتي فلا يصير مراجعا الا بالنية لان حقيقته تصدق على ارادته باعتبار الميراث واغتفر في الامساك والنكاح والتزوج فلو تزوجها في العدة لا يكون رجعة عند ابي حنيفة وعند محمد هو رجعة وعن ابي يوسف روايتان قال ابو حنيفة وقول محمد ناخذ في البنايع عليه الفتوى وكذا في القنية وجه قول ابي حنيفة ان تزوج الزوجة سلبني الطهر فلا يعتبر ما في ضمنه قلنا نحن لا نعتبره باعتبار ما في ضمنه بل باعتبار لفظة التزوج مجازا في معنى الامساك وفي الدخيرة لو قال راجعتك بمهر الف درهم ان قبلت صح والا فلا لانها زيادة في المهر فيشترط قبولها وفي الغياثي والحاوي قال راجعتك على الف قال ابو بكر الخجندي الالف والنصف زيادة في المهر كما في الابانة **قوله** وخلافا لابن ابي ليلى كما لم يعتبر قبولها مالك طلاقا فانه ذكر في الجواهر في مسئول الرجعة بارجعتك بالبينة قولان لمالك كان في نكاح الهازل **قوله** او يتلذذ بشهوة يحتمل كون الشهوة قيدا في اللمس لا غير فالمراد من النظر إلى الفرج بقيد الشهوة فلو كان من عرضه المشترك في الفرد لا تقع على ذكر بعد الكل وفي المبسوط والذخيرة التقبيل بشهوة والنظر إلى داخل فرجها بشهوة رجعة ولم يقيد التقبيل في الكتاب واما النظر إلى دبرها فليس

برجعة على قياس قول ابي حنيفة وفي البدايع وهو قول محمد المرجوع اليه وفي بعض المواضع يكره التقبيل واللمس بغير شهوة وقال انهما لا يكونان رجعة وفي الخلاصة اجمعوا انه لو مكنها او قبلها بشهوة او لمسها بشهوة تثبت الرجعة فقيد القبلة بالشهوة لكن قوله في الاستدلال ان الفعل يصلح دليلا على الاستدامة والدلالة انما تتوقف بفعل يختص بالنكاح اي يختص حكمه به بقيد عدم اشتراط الطهر في القبلة لان القبلة مطلقا مختص حكمها به بخلاف اللمس والنظر فانها لا يختصان به الا اذا كانا عن شهوة لما يذكر ولا يكونان عن غير شهوة دليلا ولا يكون النظر بشهوة دليلا غير داخل النوع منها رجعة هذا ولا فرق بين كون القبلة واللمس والنظر منها او منه في كونه رجعة اذا كان ماصدرا منها بعلمه ورضاه انفاقا فان كان احدا شيئا منها بان كان نائما مثلا لا بتمكينه او فعلته وهو مكره او معتوه ذكر شيخ الاسلام وشمس الائمة ان على قول ابي حنيفة ومحمد يثبت الرجعة خلافا لابي يوسف انتهى ومن محمد قول ابي يوسف وذكر ان ابا يوسف مع ابي حنيفة وجه الاول الاعتبار بالمصاهرة لا فرق في ثبوت حرمتها بين كون ذلك منها او منه وكذا اذا ادخلت فرجه في فرجها وهو نائم او مجنون كانت رجعة اتفاقا كالجارية المبيعة بشرط الخيار للبائع اذا فعلت بالبائع ذلك في مدة الخيار ينقطع البيع وابو يوسف فرق بان اسقاط الخيار قد يكون بفعلها كما اذا حبلت على قول ابي يوسف الاول والرجعة لا تكون بفعلها قط وعن ابي يوسف ايضا انه قال في الجارية لا يسقط الخيار بفعلها هذا اذا صدق الزوج في الشهوة فان انكر لا تثبت الرجعة وكذا ان مات فصدقها الورثة وانكل البينة على الشهوة لانها غيب كذا في الخلاصة وتكون الخلوة والمسافرة بها رجعة ايضا عند زفر وابي يوسف في رواية ويكره المسافرة لكراهة خروجها من المنزل عن ابي حنيفة وبانه الملائم لذلك **قوله** مع القدرة احتراز عن الاخرس ومعتقل اللسان **قوله** لان الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح على ما اخره الحاصل ان الخلاف هنا مبني على ان الرجعة سبب استدامة الملك القائم او سبب استحداث الحل الزائل على قولين الاول قول الثاني وعلى هذا يبتني حل الوطي وحرمته فعند نا يحل لقيام ملك النكاح من كل وجه وانما يزول عند انقضاء العدة فيكون الحل قائما قبل انقضائها وعنده انشأ النكاح من وجه واستفاض من وجه فثبت له حرمة احتياطا وعلى هذا يبتني ان لا نشهد وليس بشرط عندنا ويشرط عنده على قول له لانه انشأ النكاح من وجه كذا في التحفة **قوله** على ما بيناه يعني قوله لانه لا يرى انه سمي امساكا **قوله** وستقرن اي في اخر هذا الباب وهو قوله وله ان يراجعها الى قوله ما يتكمل عليه اخره وهذا لا يتكمل عليه **قوله** كان في اسقاط الخيار يحصل بالفعل المختص بالملك كمن باع امة على انه بالخيار ثم وطيء قبل انقضاء مدته يكون دليلا على استدامة ملكه فيها فيسقط خيار فكما ان سقوط الخيار باستدامة ملك الرقبة يثبت بالفعل كذلك استدامة ملك النكاح بعد سبب الزوال بل اولى لان البيع معه يزيل الملك بثلاثة ايام والطلاق يزيله بثلاث حيض فكان اضعف في زوال الملك من البيع وبقولنا قال كثير من الفقهاء قال ابن المنذر واجماع وجعة عند بن المسيب والحسن البصري وبن سيرين وطاوس وعطاء والزهري والاوزاعي والثوري وبن ابي ليلى وجابر والشعبي وسليمان التيمي وقال مالك واسحق ان اراد به الرجعة مهور رجعة **قوله** خصوصا في الحرة فانه لا سبب لحلها فيها مطلق الا النكاح بخلاف الامة فانها تحل في اربعين **قوله** وغيرها كالحائضة والشاهد على الزنى **قوله** فلو كان اي النظر إلى غير الفرج رجعة لطلقها لان مقصوده الطلاق وهذا التعميم يفيد ان النظر إلى دبرها لا يكون رجعة وجه صرح في نكاح الزيادات واختلفوا في الوطي في الدبر اشار الناطفي إلى انه ليس برجعة والفتوى على انه رجعة اذ هو سبب لشهوة وزيادة تلاش في الرجعة اعني شبوتها ورجعة المجنون بالفعل والصحيح بالقول وقيل بالعكس وقيل بهما ولو طلقها بعد الخلوة ثم قال وطئتها وانكرت له الرجعة ولو قال لم اوطئها لا رجعة له عليها وقيل الرجعة بالشرط واضافتها إلى وقت في المستقبل باطل كالنكاح والمستحب انه يراجع بالقول وفي البنايع الرجعة سنية وبدعية فالسنية بالقول **قوله** وهو قول امامنا رحمه الله المذكور في كتبهم الا نصا ولا اشارة وانه مندوب اليه انه كتبنا فكان ما ذكره المصنف رواية عنه وكذا المنسوب إلى ان في قوله له غير معول عليه عند اصحابه فانه قال في البسيط وفي الجديد للشافعي لا تثبتها ومستحب وفي الروضة لهم ليس بشرط على الاظهر **قوله** ولان الطلاق المنصوص في الرجعة

من غير شرط الاشهاد كقوله تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان وقوله فامسكوهن
بمعروف وقوله تعالى في بعولتهن احق بردهن وقوله فلا جناح عليهما ان يتراجعا وقوله صلى الله عليه وسلم مر ابنك
فليراجعها فهذه النصوص ساكتة عن قيد الاشهاد فاشترطه اثبات بلا دليل وما يلي فليس بدليل عليه اذ الامر
بندب للندب بدليل انه قرن بالمفارقة في قوله تعالى فامسكوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف ثم امر بالاشهاد
على كل منهما فقد امر بشيئين في جملتين ثم امر بالاشهاد على كل منهما بلفظ واحد وهو قوله واشهدوا واللفظ
الواحد لا يراد به معناه الحقيقي كالوجوب في حق غيره والمجازي كالندب فاذا ثبت ارادة احدهما بالنسبة
الى احدهما لزم ان يراد به ايضا ذلك بالنسبة الى الآخر والا لزم تعميم اللفظ في الحقيقي والمجازي وهو ممنوع ①
عندنا وقد ثبت ارادة الندب به بالنسبة الى المفارقة فلزم ارادته ايضا بالنسبة الى المراجعة فيكون
الندب مرادا به شاملا لهما وهذا الى قوله اما الشافعي يجمع بينهما فلا ينهض هذا على الاباضي الاصل
المذكور وقد بيناه على وجه بديع فيما كتبناه في الاصول ومع هذا التقدير لا حاجة الى ارادة القران في النظم
لوجوب القران في الحكم فكيف فلم يحتج به لها ولا اشتغال بجوابه للمتأمل املا قوله فلا يقع في المعصية قيل عليه
المعصية بدون علم الرجعة ودفع انها انما تزوجت بغير سؤال تقع في المعصية لتقصيرها في الامور الدينية كل
من حيث ان هذا ايجاب علي واثبات المعصية بالعمل بما ظهر عندها وليس السؤال الا رفع ما هو موهوم الوجود
بعد تحقق علمه فهو وزان اعلامه اياها اذ هو ايضا لمثل ذلك فاذا كان مستحبا تقرر في خالص حقه فكذا سؤالها
يكون مستحبا في النكاح كذلك ولو راجعها ولم تعلم فتزوجت باجنبي اسراة الاول دخل بها الاول او لا قوله
واذا انقضت العدة الى آخره هنا مسئلتان الاولى اذا لم يظهر رجعتها في العدة حتى انقضت فقال بعد العلم
بانقضائها كنت راجعتك فيها والثانية قال قبل العلم راجعتك في سبل الانس اما الاولى فاما ان تكون المراة
امتا وحرة وكل منهما اما ان تصدقه او تكذبه فتثبت الرجعة ان صدقته لان النكاح يثبت بتصادقهما
فالرجعة اولى وان كذبته لانها تثبت لانها خبر والخبر مجرد دعوى تملك بضعها بعد ظهور انقطاع ملكه ومجرد
دعوى ملك في وقت يمكنه فيه انشاؤه كما لو قال في العدة كنت راجعتك امس تثبت وان كذبته لانه ليس بتمامه فيه
لتمكنه من ان ينشاه في الحال او يجعل ذلك انشاء ان كانت الصيغة تحتمله فصار كما لو وكيل اذا اخبر قبل الفعل
ببيع العين يصدق لملكه الانشاء وبعد ما بلغه العزل لو اخبر ببيعه سابقا وكذبه الموكل لا يقبل قوله
الا ببينة لانه متهم حيث لم يخبر قبل ذلك ثم لا تحلف المراة اذا كذبته بل تذهب الى حالها بلا يمين عند ابي حنيفة
وهي احد الاقوال الستة التي لا يمين فيها عنده وفي الامة ان كذبته وصدقه المولى فالقول لها عند ابي حنيفة
طلقا لها وان صدقته وكذبه المولى فعندهما القول للمولى واختلف في قول ابي حنيفة والصحيح انه كقولهما
وسيأتي وجه الاقوال في الكتاب فانه فصل بين قوله للحرة وبين قوله للامة بالمسئلة الثانية وهي اذا قال
قبل الانقضاء فلنوافقه فنقول واما المسئلة الثانية فان قالت مجيبة انقضت عدتي منذ كذا تثبت
الرجعة اتفاقا لانها شهدت في ذلك بسبب سكوتها وعدم جوابها على الموز ولو قيل وجب اعلامه على اقرب
حال للتكلم وذلك حال سكوتها فيضاف اليه وهو بعد ثبوت الرجعة امكن وان قالت موصولا بكلامه لا يثبت
عند ابي حنيفة ولا يخفى ان هذا معتبر بما اذا كانت المدة تحتمل الانقضاء فلو لم تحتمله تثبت الرجعة الا ان ادعت
انها ولدت وثبت ذلك وعندهما تنقضي الرجعة لانها اخبرت حال قيام العدة ظاهرا لبقائها ظاهرا ما لم تقر
بانقضائها فتثبت كما يثبت الطلاق ولو قال لملكك فقالت مجيبة انقضت عدتي منذ كذا طلقني اخرى
وابو حنيفة يمنع قيامها حال كلامه لانها امينة في الاخبار شرعا موجب قبول اخبارها وامرت زمان يحال
عليه خبرها زمان تحمله فتكون الرجعة مقارنة لانقضاء العدة لا بعده كما لا يقع الطلاق في قوله طالق مع انقضاء
عدتك وعلى لو اتفق على ان خروج كلام الرجل مع قولها انقضت عدتي ينبغي ان لا تثبت الرجعة وسيلة الطلاق
المؤسس لما عليها ممنوعة ولا يمنع عند قيل والاصح انه يمنع لانه سواعد به الاقرار بالوقوع في حق نفسه والمخبر ان

هذا انشاء وليس باخبار ليكون اقرارا فان اظهروا انه انشاء وقت لا يصح ينبغي ان لا يقع ثم لو عرف ان مقتضى
الفقه كون اتباعه وجعلوه حال الاضافة فلج وقال لا اعتبر هذا بل وقع لوجه حسنه لا لانه تنجيزي لنسبه
والاوجه فيما ادعي صحته ان طلقتك وخرجت من ثلاث طالق ظاهر في الاخبار والانشاء يحمله لتقدم الطلاق
الاول وراجعتك بالعكس فان لم يسلم هذا فالتعويل على المنع وليستحلف المراة هنا بالاجماع على ان عدتها كانت
منقضية حال اخباره والعزى لابي حنيفة بين هذه وبين الرجعة حيث لم تستحلف عنده انه لم يراجعها والعدة
ان الزام اليمين لغاية النكول وهو بدل عنده وبدل الامتناع عن الرد والاجتباس في منزل الزوج جامع
لحقوق الرجعة وغيرها من الاشياء الستة فان بدلها لا يجوز ثم اذا حكمنا هنا بثبوت الرجعة بناء على ثبوت العدة
لكونها ضرورة كثبوت النسب بشهادة القابلة بناء على شهادتها بالولادة قوله واذا قال لزوج الامة
بعد انقضاء العدة قد كنت راجعتها وصدقه المولى ولكذبته الامة فالقول لها عنده وقالا للمولى لانها اقر
بما هو خالص حقه وهو منافع بضعها للزوج فيقبل كما لو اقر عليها بالنكاح والاصحي قيام العدة بين اقراره
عليها بالنكاح واقراره بان الزوج راجعها في العدة لانه ينفرد بانكاحها حال غيبتها وعدم اذنها فيقبل اقراره
بخلاف اقراره بتصديق الزوج في دعوى الرجعة وهو يقول ان حكم الرجعة من الصحة وعدمها ينبني على العدة
من قيامها وانقضائها وهي امينة فيه مصدقة في الاخبار بالانقضاء والبقاء لا قول للمولى فيه املا فكذا فيما
ينبني عليه وفيه نظر اذ الملازمة ممنوعة بحكم بقاء العقل بين كون القول قولها في العدة وبين كونه لها فيما ينبني عليها
الا اذا وقع لازما للوجود فقولها في العدة فوق اي بان تدعي فيها الثبوت او الانقضاء فتثبت الرجعة وعدمها لازما كذلك
لا ان يكون القول قولها فيما ثبت للاجل ان القول لها في اللازم بالمعنى تقتضيه فيه وهذا لا يقتضي سماع قولها في الرجعة
ابتداء لا هنا فانها لم تدع في العدة دعوى حتى تقبل فيها الرجوع بل انقضاء ووقت انقضاء واذا ادعى
في حال لا ملك له عليها انه راجعها قبل الانقضاء وهي منكرة ان يكون قبل ذلك فلا يقبل عليها قوله ولو كان على الغائب
بان كذبه المولى وصدقته فالقول للمولى بالاتفاق قوله وفي الصحيح احتراز عما في البدائع انه على الخلاف
ايضا وقال بعض اصحابنا لا يبقى بشيء حتى تتفق المولى والامة ويجب ان يكون معنى هذا الا يحكم بصحة الرجعة
الا اذا اتفقا اذ يستحيل ان لا يبقى بالرجعة وما بعدها وفي المبسوط لا تثبت الرجعة بالاتفاق ولم يقل
في الصحيح ووجه الفرق لابي حنيفة ان الغرض انها تستفيد العدة في الحال ويستلزم ظهور ملك المولى
المنعة ولا قبل قولها في ابطاله بخلاف الوجه الاول وهو ما اذا كذبته وصدقه المولى لانه بالتصديق
مقر بقيام العدة عند الرجعة وبانه ظهر ملكه مع العدة ليقبل قوله قوله وان قالت قد انقضت
عدتي وقال الزوج والمولى لم تنقض فالقول قولها لانها امينة في ذلك اذ هي العالمة به دون غيرها
اي بالانقضاء ولذا يقبل قولها اني حائض حتى لا يحل قربانها للزوج ولا للسيد ولو قالت ولدت لغى انقضت
بالولادة لا تقبل الا ببينة او استفاضت ستا مستثنين بعض الخلق فللزوج ان يطلب بينة على انها
استفاضت بهذه الصفة بالاتفاق والفرق في هذا بين الامة والحرة قوله او مضى عليها وقت صلاة
اي بان تمضي وقتها الذي ظهرت فيه فيصير دينا في ذمتها فان كان الطهر في آخر الوقت مقدار ذلك
الزمان البسيط وان كان في اوله لم يثبت هذا حتى يخرج ان الصلاة لا تصير دينا الا بذلك وعلى هذا لو
ظهرت في وقت يسهل كبعد الشروق لا تنقطع الرجعة الى دخول وقت العصر قوله بخلاف
ما اذا كانت كتابية فانه لا يتوقع في حقها الطهر على الخروج من الحيض زاد في على مجرد الانقطاع لان
الغسل والصلاة ليسا واجبين عليها فمجرد الانقطاع وان كان لما دون العشر حل وطؤها وانقطعت
رجعتها قوله وتنقطع اذا تيممت وصلت اي فرضا او نفلا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
تعالى قوله حتى يثبت به من الاحكام برفع ثبت به من حتى هنا ليست للغاية بل للتعليل والمراد بالاحكام
جواز الصلاة والتلاوة ودخول المسجد ومس المصحف ومن احكام الغسل فكان التيمم شله ثم انقطاع
الرجعة مما يرجح فيه بالاحتياط ولذا لو اغتسلت وبقيت لمعة انقطعت ولكنا لو اغتسلت لبسور الحائض

مع وجود الماء المطلق ولم تتيمم تنقطع الرجعة مع عدم جواز الصلاة به فانقطاعا بالتيمم وبه يجوز الصلاة اولى
ولا يشكل عليه انه لا يحل له التزوج باخرى بالاتفاق بان قام التيمم وان قام مقام الغسل هو اضعف منه والاحتياط في التزوج
عدم جواز معه وفي الرجعة انقطاعا معه حتى لا يباشرها رجل في شهره **قوله** ولما انه ملوث غير مطهر اي
حقيقة لا شرعا لانه ازيلت الاوراية والتفصيل هذا المقام ليندفع ما يخال من المناقضة للاوهام مستعينا فيه بالملك
العلام مصليا على سيدنا ونبينا محمد افضل الرسل الكرام عليه افضل الصلاة والسلام فنقول هذا البحث له ثلاثة
موارد في الفقه اولها باب التيمم في البحث مع الشافعي في جواز التيمم لوجود الفرائض المتعددة بتيمم واحد عندنا خلافا له وهو مبني
على ان التيمم لطهارة مطلقة او لا فقال انها ضرورية تتبث ضرورة اذا الكتوبة فيتقدر بقدرها فلا يبقى بعدها فتنقض
اليتيمم جوابه على انها مطلقة تعمل عمل الماء الا فيما بقي شرطه وصح في الهداية في تقريره بان التيمم مزيل للحدث من كل وجه
فيما بقي شرطه وهو العدم كالماء الا انه بالماء مزيل لوجود الحدث وهنا الى شيئ الحدث والماء تا بها باب الامامة في مسئلة
اقتدا المتوضي بالمتيمم فافترقوا فيها فقال محمد هي ضروريه فلا يجوز اقتدا المتوضي به وقالا مطلقه فيجوز وقالا شهما
هنا فافترقوا ايضا الا انهم عكسوا كلمتهم فترائ لمحمد وجهان من المناقضة احدهما قوله في الامامة ضرورية مجددا
انتقض الجواب في جواب الشافعي من انها مطلقة والثاني ان بعد ما قال في الامامة انها ضرورية قال هنا مطلقه ولها
وجه من المناقضة وهو قولها هناك مطلقه وهنا ضرورية ملوثة وكثير من الناظرين باحث في تقرير قولها انه لا
يزيل الحدث بيقين ولهذا عند رؤية الماء ما يصير محدثا بالحدث السابق فقد ناقضا جميعا والجواب انه لا شك
ان في التيمم جهة الاطلاق وجهة الضرورة وفيه ايضا انه ملوث في نفسه معبر لا يطهر اي لا ينظف لمعنى الاطلاق انه
يزيل الحدث مطلقا كالماء الى غاية لعدم الاربعين من وجود الحدث او الماء ومعنى الضرورة ان شرعيته ضرورة ادائه
الكتوبات وعدم تفويتها وتكثير الخيرات عند عدم الماء كرامة لهذا النبي الكريم صلى الله عليه وسلم وامته ولذا كان من
الخصايص وهذا لا يفيد الاخلال بمعنى الاطلاق اذ حاصله انه بيان بسبب شرعيته وما شرع للضرورة والحاجة التي
ذكرنا فما شرع استعمال الماء وما يفيد ضعفه واخطاطه عن النظهير بالماء واما كونه ملوثا ومعنى الملوث سبب علم شرعيته
ابتدا كالماء حتى يكون المكلف مخيرا بين الماء والتراب ابتدا فانه لما كان المقصود من شرعيته الوضوء تحسين هيئة
الاعضاء الظاهرة وتنظيفها للقيام بين يدي الرب جل وعلا والتراب لا يفيد ذلك بل ضده لم يشرع الا للضرورة المتحققة
من الحاجة الى الاداء مع عدم الماء تكرمة لهذا النبي صلى الله عليه وسلم فذكر الملوث وعدم تطهيره في نفسه ذكر سبب
كونه مشروعا للحاجة المذكورة اذا علمت هذا نقول لهم ان فيه انه مطلقه اي يزيل الحدث ويستباح به كل
ما يستباح بالماء على الوجه الذي يستباح به لينتفي به قصد الصحة به على فرض واحد لا يأتي في قولهم انها ضرورية
على ما سمعت لمن قال انها مطلقه في موضع وقال اخرا انها ضروريه لم يكن منافقا اصلا وقول من ذكر في تقريره انه
لا يرفع بيقين حاصله فرق بينه وبين الماء فانه يرفعه بيقين وهذا يرفعه ظنا للخلاف في ان الحدث امر حقيقي
او مجرد ما نعية فعلى الاول لا يرفعه الا الماء وعلى قول من اجتهد عند فقد الماء يرفعه بالتيمم ايضا
فيه باب التيمم من الحديث والمعنى وهو انه لم يقدر احد على اثبات ان الحدث وصف حقيقي قايم بالاعضاء ازيد على
نفس الما نعية الشرعية وعلى هذا لا اشكال في ارتفاعه بالتيمم وكون الحدث يظهر بعينه عند رؤية الماء
لا يستلزم عدمه اذ قدمنا ان الحدث اعتبار شرعي فله ان ينقطع ذلك الاعتبار الى غاية ثم يعيد بعينه عند
رؤية الماء والدليل المجمل الى هذا كون رؤية الماء لا يعتبر وجه كونها نفسها حدثا ثم النظر في وجه تعيين كل
منهم احد الجهتين بخصوص ذلك الموضع الذي عينه فيه فاما وجه تخصيص محمد فهو انه راى وجوب الاحتياط
في الموضعين فالاحتياط في اقتدا المتوضي بالمتيمم الايجاب والاميل عن الاجهة الضرورة فاعتبرها فتقول
لما كانت ضرورية حيث كانت تنتقض بوجود الماء والتبت الامر عدمه كانت ضعيفة بالنسبة الى طهارة
الماء فيكون الاقتدا في الحالة هذه بناء المتوضي على الضعيف وفي الرجعة الاحتياط في انقطاعها والميل الى الجهة
الاطلاق فاعتبرها هنا وهما على عكس الحكم في الموضعين لم يكن من عكس المبنى فيهما بد والباقي بعد هذا انما هو النظر
في الترجيح في الخلافيين في الحكم وعندي ان ذكر قولها في الاقتدا احسن من قول محمد وقول محمد في الرجعة احسن من قولها

لان الضعف الكائن في طارئ التيمم لم يظهر فيه اثر في شيئ من الاحكام عندنا فعلنا انه شيئ له في نفسه فيجوز اقتدا
المتوضي به وتنقطع به الرجعة خصوصا والاحتياط في ذلك واجب هذا ولقايل ان يقول اشتراط العسل بعد الانقطاع
لتمام العادة قبل العشرة يرد الدليل وهو قوله تعالى ثلاثة قروء لخلوه عن اشتراطه فاشتراطه لانقضاء العدة
يرده النص فان اجيب بان يتعين الانقضاء مختلف لغرض انه ليس اكثر الحيض واحتمال عود الدم دفع بان هذا الاعتبار
الزايد لا يجدي قطع هذا الاحتمال لانه في الواقع ونادر شرعا لانها لو اغتسلت ثم عاد الدم ولم يجاوز العشرة كان له
الرجعة بعد ان قلنا انقطعت الرجعة فكان الحال موقوفا على عدم العود بعد الغسل كما هو كذلك قبله ولو راجعها
بعد هذا الغسل الذي قلنا ان به تنقطع الرجعة ثم عاود الدم ولم يجاوز العشرة صحت رجعته وكذا الكلام في التيمم فليس
جواب المسئلة في الحقيقة الا ما بدا هكذا اذا انقطع لاقل من عشر ولم يعاود او عاود وجاوز عشرا لم تنقطع
الرجعة من وقت الانقطاع لانقضاء العدة اذ ذاك حتى لو كانت تزوجت قبل الغسل طهرت وان عاودها ولم يجاوز
فالاحكام المذكورة بالعكس والله اعلم **قوله** والاحكام الثابتة ايضا ضرورية اقتضاه اذ حل دخول المسجد
والقراءة من ضرورة حل الصلاة ومقتضاه وكذا المس لانه فتحتاج الى مس المصحف للقراءة في الصلاة للنسيان
او غلط او زيادة اثنتين وكذا سجدة التلاوة وركن من الصلاة وتجب في الصلاة لان **قوله** وقيل بعد الفراغ
لتقرر الحكم بجواز الصلاة قال في المبسوط وهو الصحيح فان فسادها قبل الفراغ محتمل لاحتمال ردة المتيمم
ولو تيمم وقرأ او مس المصحف او دخل المسجد قال الكرخي تنقطع به الرجعة لان صحة هذه حكم من
الاحكام الطاهرات وقال الزراري لا تنقطع به **قوله** وان كان اقل من عضو انقطعت وذلك كنحو الاصبع كذا
في المحيط والينابيع وكذا بعض الساعد والعضد والعضو الكامل كاليد والرجل **قوله** والقياس في العضو
الى قوله والقياس فيما دون العضو الحاصل ان الحكم الثابت في العضو وما دونه استحسان فالقياس في العضو
ان ينقطع لان الاكثر حكم الكل وفي بعض العضو ان لا ينقطع لانها لم تخرج الى حكم الطاهرات ولا يخفى ما في كل من
القياسين في كل من العضو وما دونه فيقتضي ان يتعارض في كل منهما قياسان فالقياس ان الاكثر حكم الكل
فيوجب انقطاع الرجعة وقياس بقا الحدث بعينه فيوجب عدم انقطاعها وسبق وجه الاستحسان على
اعتبار القياس انما ذا حاصله اعتبار ظهور عدم اصابة الماء شيئا وعدمه اذا ظهر عدمه لم تنقطع الرجعة
واذا ظهر بقيت الاصابة انقطعت غير ان ظهور الترك يتحقق في العضو الاقل على ان كون الاكثر
حكم الكل قياسا ممنوع بل انما يحكم به في مواضع خاصة بخصوص دليل فيها الا انه مطرد شرعا معهم وجه
التفصيل المذكور انما دون العضو تتارع الخفاف اليه بعد اصابة الماء بعيد وبتقديره تنقطع الرجعة
حكما بالقطاعها بناء على هذا الاحتمال احتياطا ولم يجز لها ان تتزوج ما جرى في تغسيل ذلك الموضع احتياطا في
امر الفروج حتى انها لو تيقنت عدم اصابة الماء بان علمت فقد ما الى اخلاء ذلك الموضع عن الاصابة قطعا لا تنقطع
الرجعة بخلاف العضو الكامل فان احتمال خفاف بعيد جدا فهو بمنزلة عنه بمن هو بعيد وتيمم
جميع الاعضاء في غاية البعد فلم يظهر اثره فلم ينقطع **قوله** وعن ابي يوسف ان ترك المضمضة والاستنشاق كترك
العضو الواحد يعني او اذا ترك كل ما بتداده كترك عضو منه وهو قول محمد كترك ما دون العضو **قوله**
لان فرضيتها اي مضمضة والاستنشاق في الغسل اختلافي فعلى تقدير الافتراض لا تنقطع الرجعة وعلى تقدير
السنة تنقطع فقطعنا ملاحظة لهذا الاحتمال احتياطا ولو بقي احد المحدثين لم تنقطع الرجعة **قوله**
ومن طلق امراته وهي حامل او ولدت منه قبل الطلاق ثم طلقها وقال لم اجامعها فله الرجعة لان الحبل يتم ظهوره
بعد العقد في ستة اشهر ويتصور ان يكون منه بان تاتي به لستة اشهر فصاعدا من يوم التزوج فجعل منه شرعا
لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش واذا جعله ابنا رفع عنه فقد انزله وطيا وبطل زعمه في عدم الوطي المستلزم
لاقراره بعدم حق الرجعة له بتكذيب الشرع اياه في ذلك حيث حكم بثبوت النسب فله الرجعة ما دامت في العدة
وهذا العدم تعلق حق احد بسبب اقراره ذلك بخلاف ما لو اقر بعين في يد غيره ثم اشتراها منه
استحقت فاخذت منه قيل ان ينقض بما للقوله ثم وصلت اليه بسبب من الاسباب حيث يؤمر بتسليمها

للمقر له وان كان مكذبا شرعا بالحكم للمستحق ثم بصحة الرجوع له وبخلاف ما لو قال في عبد انسان انه حر الاصل واعتقه مولاه وكذبه المولى ثم اشتراه حكم بصحة الشراء وحرية العبد مع ان الحكم بصحة الشراء فرع تكذيبه فالحاصل ان تكذيب الشرع اقراره مما يستلزم بطلان حق له تكذيب في اللازم فينتفيان واذا انتفى عدم الوطي والرجعة ثبت وجودها وفاء حقه في الرجعة بخلاف اقراره بما ثبت به حق الغير فان تكذيب الشرع يتضرر به صاحب حق نفسه فيبقى اثر المرتفع بالتكذيب كما لو لم يكذب فكذا اكذب في اقراره بالحرية وثبت للحكم بها وفي استحقاق المقر له بالعين مع تكذيبه بالحكم للمستحق فان قلت كيف يتصور وجود الملزوم مع تخلف اللازم وان كان لزوما شرعيا لان تخلفه يبطل اعتبار الشرع اياه لازما وقد فرض اعتباره لازما فالجواب ان الامتناع في اللزوم العقلي واما الشرعي فقد يحكم الشرع بالزوم في تقدير تنتفي الملازمة عليه وفاء لذلك فانه حين اقر بالعين لفلان ثبت ان فلانا احق بها من غيره فاذا كذبه الشرع بالقضاء للمستحق في اقراره انه ليس لفلان بل للمستحق فقوله وانه له بالنسبة الى المقر تثبت اللزوم على هذا الوجه **قوله** الا يرى انه يثبت بهذا الوطي الاحصان اي الوطي الذي يثبت بتكذيب الشرع اياه والاحصان له مدخل في اسباب العقوبة فلان ثبت به الرجعة فالمدخل لها في العقوبة اولى **قوله** وتأويل مسئلة الولادة ان تلد قبل الطلاق اي في مدة يصح بان تلد لستة اشهر فصاعدا لمن يوم النكاح كما قدمناه **قوله** واغلق باب المناسبة اغلق بابا وكما فعل في ارخى بالواو لان كلا منهما تفصيل للخلوة لاستحالة اباتها لا يباين لها **قوله** لان تأكد الملك بالوطي اذ بعده سبب بتبين بالطلاق للعلم بعدة وشرط الرجعة العدة وقد اقر بعدمه فصار مبطلا لحق نفسه من الرجعة **قوله** ولم يصر مكذبا شرعا الخ جواب عما يقال انه هنا ايضا مكذب شرعا حيث لزمه تمام المهر بناء على صحة الخلوة والحكم بذلك شرعا انزالا له والحكم شرعا قاض كونه بناء على ذلك شرعا او لعلمه بما يستلزمه بل هو بناء على تمام تسليم المبدل وهو بضعها بالتخلية التي هي وسعها ولو توقف لزوم كل المهر على غير ذلك فاليسر لو فعلها لتضررت فلم يكن مكذبا شرعا وجب العدة عليها مع ذلك لاحتمال كذبه او كذبها والعدة تحتاط في اثباتها لان انتفاءها يستلزم حلها للازواج فهي حق الشرع فلا يصدقان في ابطالها فتصير العدة قاضية شرعا بالرجعة عليها فلم تتم الخلوة هنا مقام الوطي لما اوجب ذلك وقول امام الحرمين ان العدة تستند في سببها الى الشغل مردود بلا بسة والصغيره ولو قال حاملا منه كان له الرجعة وان كذبته المرأة في الوطي **قوله** بخلاف الفصل الاول يتصل بقوله لم يصر مكذبا شرعا وعنى به بثبوت النسب بظهور الحمل حال الطلاق او بالولادة قبل الطلاق كما هو المسئلة المتقدمة لتكذيب الشرع له في قوله لم اجامعها حيث جعله واطيا حكما لان الرجعة تبنى على الدخول وقد ثبت لثبوت النسب لانه لا نسب بلا مانبثت **قوله** معناه بعد ما طلقها ولو قال لم اجامعها اي قبل طلاقي ثم راجعها لانضح الرجعة لاعترافه بعدم الوطي فلو جاءت بعد هذه الرجعة بولد لاقل من ستتين من وقت الطلاق صحت اي لظهور صحتها **قوله** لان على الاعتبار الثاني وهو انزاله واطيا بعد الطلاق وحينئذ فالصلق في العبارة ان يقول لان على الاعتبار الثاني بحرم الوطي لزوال الملك بنفس الطلاق على زعمه في عدم الوطي اذا المودي على عبارته هذا على اعتبار انزاله واطيا بعد الطلاق يزول الملك بنفس الطلاق لعدم الوطي قبله فيحرم وتحصيل المقصود من هذه بشدكل بعد تؤم حظاها **قوله** والمسلم لا ينعمل الحرام فان قيل والظاهر منه ايضا انه لا يكذب فالجواب لا بد من احد الاعتبارين وعلى الاول يلزم كذبه وعلى الثاني يلزم الزنى وهو اعظم من مثل هذا الكذب **قوله** وهو اذا يكون بعد ستة اشهر وان كان اكثر من سنتين ان فيه للوصل فافاد ان قوله بعد ستة اشهر معناه اي فصاعدا اقل من سنتين او اكثر وان كان عند سنتين فالم تقترنا بانقضاء العدة لان الثاني في ضمان للاول علوق حادث بعد الطلاق في العدة لان امتداد الطهر لا غاية له الا الاياس وبه يصير مراجعا خلافا ماذكر في كتاب الدعوى ان المطلقة طلاقا رجعيا لو ولدت لاقل من سنتين يوم لا يكون رجعة وفي اكثر من سنتين يكون رجعة لاحتمال العلوق قبل الطلاق في الاول وبعده في الثاني فان هذا الاحتمال ساقط هنا لانها اذا كانت من وطي حادث بعده كان الثاني من وطي حادث بعده بخلاف ما اذا كان بينهما اقل من ستة اشهر فانها حينئذ لم تطهر

واحد اذا لم يتم دليل يوجب الحكم بكون الثاني من وطي حادث بعد الطلاق الواقع بزيادة الاول فلم تثبت الرجعة لانها بالوطي الحاصل بعد الطلاق **قوله** وان قال كلما ولدت ولدا فانت طالق فولدت ثلاثة اولادا في بطون مختلفة وهو ان يكون بين كل ولدين ستة اشهر فان كان اقل فيما توأمان يقع طلقتان بالاول ويبين لانه راف بالثالث تنقضي العدة ولو كان الاولان في بطن والثالث في بطن يقع تطليقة واحدة بالاول لا غير وتنقضي العدة بالثاني ولا يقع بالثالث شئ ولو كان الاول في بطن والثاني والثالث في بطن يقع ثنتان بالاول والثاني وتنقضي العدة بالثالث فلا يقع به شئ واذا كانوا في بطون فالولد الثاني رجعة وكذا الثالث لانه اذا جاءت بالاول وقع الطلاق لوجود شرطه ودخلت في العدة وبالولد الثاني صار مراجعا لما بينا ان العلوق بوطي حادث في العدة فيصير به مراجعا وقوله وبالثاني صار مراجعا معناه ظهر به الرجعة سابقا ثم يقع بالثاني طلقته بائنة لان اليمين بحال المقتضية للتكرار دخلت في العدة وبالولد الثالث تظهر رجعته على ما ذكرنا وتقع الثالثة بزيادته ويلزم الحكم بالوطي في النكاس وهو محرم لان النكاس لا يلزم له كمية خاصة فجاز ان يكون بجمعه وجاز ان لا ترى شيئا اصلا على ما تقدم في الحيض فلم يلزم الحكم بالوطي **قوله** تتشوف النفوس ظاهرا لوجه والتزين عام من شفت الشئ حلوته وهو دينار مشوف اي مجلو وهو ان تجلو وجهها وتصقله **قوله** اذ النكاح قام بينهما وكذا جميع احكامه من التوارث ولو قال كل امرأة لي طالق تدخل هذه المطلقة فتطلق سوى لما ذكرنا انها تحرم على الزوج لبقاء حلال النكاس وهو قوله تعالى لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك امرا اي بيد والد ان يراجعها وحرفنا بهذا النص لم يجعل رجعة لان الرجعة مندوبة وتلك قد تكون حراما قيل ولا دلالة للكلام فيمن يصح بعدم رجعتها واورد عليه ان التعليل لشهوة ونحوه يكون نفسه رجعة وان نادى على نفسه بعدم الرجعة وجوابه الفرق بالحل والحرمة كما قلنا وكما يحل لها السفر لا يحل لها الخروج بها على ما هو نه لان الحرمة ليست منوطة بالسفر بل بالخروج وكما يكره السفر بالخلوة اذ قد ينظر نظرا يصير به مراجعا وهو لا يريد الرجعة فيطلقها اخرى فيودي الى تطويل العدة عليها وذلك حرام وقال المصنف رضي الله عنه اما تكره الخلوة اذ الرامن غشيانها اذ يصير مراجعا لها بغير اشهاد وهو مكروه ومقتضى هذا انه ان امن لا يكره وان كراهة الخلوة حينئذ تنزيهية فلم يلتفت لتمكن الاحتمال بالتعليل باحتمال النظر الذي يصير به مراجعا كما انه لبعده جدا حيث كان ظاهر النظر الى داخل العدج وقال ان يقع مع الخلوة حتى ان الانسان يكون مع زوجته التي هي في عصمته سنتين لا يقع له هذا النظر الا ان تعمده فتصدا حالة اجتماع للزوج الذي ذكره المصنف وهو قوله وكان تراخي عمل المبطل يعني الطلاق وعمله قطع النكاح لحاجته اي لحاجة الزوج الى المراجعة فاذا لم يراجعها حتى انقضت العدة ظهر انه لا حاجة له الى الرجعة فتبين ان المبطل عمل الابانة من وقت وجوده وان مسافرته بها كانت بأجنبية كما يقتضي ظهر كراهة السفر قبل تقدير ما اذا لم يراجعها بعد ذلك في العدة كذلك يقتضي حرمة الخلوة بها ان لم يكن قصد الرجعة ويقتضي انه لو راجعها ظهرت حاجته وان المبطل لم يعمل اصلا فيتبين ان الخلوة والمسافرة لم يكونا بأجنبية والدليل على ان عمله من وقت وجوده احتساب الاقراء الماضية قبل انقضاء العدة من العدة فلو كان المبطل مقتصرا على انقضاء العدة لما احتسب واحتيج الى عدة مستانفة والاوجه تحريم السفر مطلقا لاطلاق النص في منع السفر وان الخلوة لعدم النص وقصور المعنى وهو لزوم الرجعة بالنص على ما تقدم ولزوم ظهور ان الخلوة بأجنبية بغير صارف حالة تحققها كانت زوجة يباح مسها شرعا ما يباح من الزوجة **قوله** وذلك يعني استبداده به يؤذن بكونه استدامة لا انشاء والدليل بنا فيه اي بدليل الاستبداد وهو ثبوت الرجعة بغير رضاها بنا فيه اي بنا في الانشاء لان لو كان انشاء ولو من وجه لم يستبد به الزوج بل احتاج الى رضى المرأة واذنها والشهود والولي عند من يوجبه احتياطا وما يدل على بنا الزوجية في الرجعة من كل وجه ما قدمنا في اول الباب من النص فارجع **قوله** والقاطع الى اخره جواب عن قول ان منع الزوجية زايله لوجود القاطع فلا نمنع وجود ولكن اخر عمله اجماعا لان الاجماع على ان الرجعة تثبت بلا رضاها يفيد ان عمله موخرا ومتوسل

فصل فيما تحل به المطلقة

لما ذكر ما يتبادر به الطلاق الرجعي ذكر ما يتبادر به عينه **قوله** لان حل المحللية تركيب غير صحيح ان قيل لان المحل
بان او لان المحللية ماضية وهذا ان المحللية هي كون الشيء محلا او امعنى لحل لها او امعنى لحل كونها محلا **قوله**
لان زوال المرجع الضمير الحل وضمير فيتعدم للزوال **قوله** ومنع الغير جواب عن تقدير والمتبادر ومنع الغير ان يقال
لما فرق من الزوج وغيره حيث جاز في العدة التزوج بالغير ولا جاب بلزوم اشتباه النسب في الاجنبي
دون الزوج وهو سهل وقد يقرر هكذا المنع في العدة عام بالنص قال تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب
اجله يعني انقضاء العدة فكيف جاز للزوج في العدة وحاصل هذا استدلال الاطلاق للزوج في العدة وعموم النص
بمنعه والاول طلب الفرق قلنا عمومه في ضمير تعزموا وفي العدة حقه هذا العدة من الزوج نفسه بالاجماع فيلزم
تخصيصه من العموم الاول وحكمة شرعية العدة في الاصل ان لا يشتبه النسب ولا اشتباه في اطلاقه
اي الطلاق ما دام العدة من ذلك المنع لان ما دون فكذلك جاز الاجماع على اطلاقه والطلق وليس هذا الكلام بيان
علة دليل التخصيص اعني الاجماع لان الصغيرة والايسة لا اشتباه في حقهما مع عدم الطلاق الغير فيهما بل بيان عدم
المانع من الطلاقه وعدم المانع لا يعلل به ولكن المعنى انه لا يجمع مع المانع بل هو منتف فجاز الاجماع وبسطه ان العدة
بعلة الحاجة الى دفع الاشتباه وجود الحاجة الى الدفع مقتض لثبوت العدة المانعة من التزوج في محل الا تحقق
وجود الحاجة الى الدفع كما في صاحب العدة فقد المانع من عدمها لانه وصف المقتضي للعدم لان العلة لا تؤثر في
العكس يعني ليس عدمها علة لعدم الحكم ولذلك ثبت الحكم اعني وجود العدة مع عدمها في الايسة والصغيرة
بالنص هو قوله تعالى واللاي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر واللاي لم يحضن
اما بعلة اخرى ان يكون الظهر المحل اذا ما ملت حيث منع غزو ملك الاستشاع عليه مدة ليعز
على الراغب خلاف ما لو اطلق مطلقا كما الظهر خطر من اخرى ما يشترا جمع الناس ليشهدوه اولم نطلع عليه
او هي فيها تعبد محض ولم يمكن اخراجها من حكم العدة مع النص عليها وفي غيرها معلل بما قلنا فليست العدة
مطلقا تعبدية **قوله** وان كان الطلاق ثلاثا في الحرة او اثنتين في الامة لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره ثم
الى اخره لا فرق في ذلك بين كون المطلقة مدخولا بها او غير مدخول بها لصريح الطلاق النص وقد وقع في بعض
الكتب ان في غير المدخول بها تحل بلا زوج وهو زلة عظيمة مصادمة للنص والاجماع لا يحل لمسلم اراه ان
ينقله فضلا ان يعتقده لان في نقله اشاعته وعند ذلك ينفتح باب للشيطان في تخفيف الامر فيه
ولا تخفى امثله مما لا يسوغ الاجتهاد فيه لتوفر شرطه من عدم مخالفة الكتاب والاجماع معرفة بالدين
الزيغ والضلال وما صرح فيه بعد الفرق مختارات النوازل والامر فيه من صرور بالدين لا يبعد اكفار
مخالفة **قوله** والمراد بالمراد بقوله تعالى فان طلقها الطلقة الثالثة لانه ذكرها عقيب الطلقتين
في القرآن حيث قال الطلاق مرتان ثم قال فان طلقها اي الثالثة هذا قول الجمهور وذهب طائفة الى ان
الثالثة هي قوله او تسريح باحسان فان ابا رزين العقيلي سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عرفت الطلقتين
في القرآن فما بين الثالثة فقال في قوله او تسريح باحسان كذا في المبسوط وكان المراد الحلال في بيان
شرعية الثالثة انه وقع بلفظ التسريح او بقوله تعالى فان طلقها اذ لا يمكن الحلال في ان المراد بقوله
فان طلقها الثالثة لانه عقبها بقوله فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فالحق ان المراد بالتسريح الثالثة
وان ذكر او فان الثاني شرط لاعطاء حكم الثالثة والاول كرر لبيان ابتداء شرعية الثالثة وحاصله ان يقال
شرعها ملاحظا ورتب على الثالثة حكما وبين ذلك بقوله الطلاق مرتان وبعدها اما امساك بمعروف او تسريح
باحسان فان طلقها الثالثة اختيارا والاخر الامرين الجائزين له فحكمه ان لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره فحصل
ان كليهما مراد به الثالثة **قوله** حل المحللية فيه مثل ما سبق **قوله** ثم الغاية اي غاية عدم المحل الثابت
بقوله تعالى فلا تحل له هو الزوج الثابت بقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره فلذا قلنا لو طلقها ثنتين وهي امة
ثم ملكها او ثلاثا حرة فارتدت ولحقت ثم ظهر على الدار فملكها لا تحل له وطيا بملك اليمين حتى يزوجها فيدخل بها الزوج

ثم يطلقها **قوله** والزوجية مطلقا وكذا الزوج مطلقا انما يثبت بنكاح صحيح لان المطلق ينصرف الى الكامل والا نه د
المتبادر عند اطلاقه حضورا اذا كان مضافا فالى المستقبل ودون ما في النكاح الفاسد بخلافه مضافا الى الماضي
لان المراد في الاول التحصن والاعفاف وهو لا يحصل الا بالصحيح وفي الثاني صدق الاضافة وهو يحصل بالنزوج
فاسدا فاذا حنث في يمينه لم يتزوج بالفاسد لانه في حلفه لا يتزوج **قوله** وشرط الدخول ثبت بالسنة
النص الى اخره لا يخفى ان على تقدير حمله على الوطء انما يثبت بعبارة النص لانه مقصود بالسوق **قوله**
حلا للكلام على الافادة دون الاعادة يعني ان الاعادة لازم على تقدير حمل لفظ ينكح على العقد لان اسم الزوج
يتضمن اعادته لدلالته عليه التزاما بخلاف ما اذا حملناه على الوطء وان كان حينئذ مجازا بالنسبة الى المرأة
اذ هو حال نسبته اليها يراد به التمكين من حقيقته لان المجاز في الكلام اكثر من الاعادة على هذا
الوجه على العموم ووجه آخر على رأينا وهو ان في حمله على العقد مجازين النكاح في العقد مجاز فان حقيقته
الوطء والزوج في الاجنبي مجاز باعتبار الاول وعلى الوطء مجاز واحد وهو النكاح في التمكين والزوج حينئذ
حقيقة **قوله** او يزاد على النص بالحديث المشهور وهذا انما يصور اذا اريد بلفظ ينكح في النص
العقد لا على ارادة الوطء فيه **قوله** يرد به بروايات رواه الجماعة من حديث عايشة رضي الله عنها ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم سئل عن رجل طلق زوجته ثلاثا فتزوجت زوجا غيره فدخل بها ثم طلقها قبل ان يواقعها احل
لزوجها الاول قال حتى يذوق الاخر من عسيلتها كما ذاق الاول وروى الجماعة الا ابا داود عن عايشة رضي الله
عنها جاءت امرأة رفاعة القرظي الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت كنت عند رفاعة القرظي فطلقني فبت طلاقي
فتزوجت بعده عبد الرحمن ابن الزبير بفتح الزاي لا غير وان ما معه مثل هدبة الثوب فتبسم رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال اتريدين ان ترجعي الى رفاعة لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك وفي لفظ في الصحيحين
انها كانت تحت رفاعة فطلقها آخر ثلاث تطليقات وفي لفظ للبخاري كذبت والله يا رسول الله اني لانفضها
نفض الاديم ولكنها ناشز تريد ان ترجع الى رفاعة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فان كان كذلك لم تحل له حتى
يذوق من عسيلتك قال وكان مع عبد الرحمن ابنان له من غيرها فقال صلى الله عليه وسلم بنوك هؤلاء قال نعم
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا الذي تزعمين ما تزعمين فوالله لهم اشبه به من الغراب بالغراب
وهو في الموطأ هكذا انا مالك عن المسور بن رفاعة القرظي عن الزبير ابن عبد الرحمن بن الزبير ان رفاعة ابن
شموال طلق امرأته تميمة بنت وهب ثلاثا في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فنكحها عبد الرحمن ابن الزبير فلم
يستطع ان يمسها فطلقها فاراد رفاعة ان ينكحها فنهاه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال لا تحل لك حتى تذوق
العسيلة ووقع في معجم الطبراني عكس ما في الصحيح عن عايشة كانت امرأة من قريظة يقال لها تميمة بنت
وهب تحت عبد الرحمن بن الزبير فطلقها فتزوجها رفاعة رجل من بني قريظة ثم فارقها الحديث وفيه فقال والله
يا تميمة لا ترجعي الى عبد الرحمن حتى يذوق عسيلتك رجل غيره قال لم يروه عن ابن اسحق الا سلمة ابو الفضل
قوله ولا خلاف لاحد فيه اي من اهل السنة او المراد الخلاف العالي يروى عن سعيد ابن المسيب فلا يقدح فيه
كونه بشر المريسي وداود الظاهري والشيعة قايلين بقوله واستغرب ذلك من سعيد حتى قيل لعل الحديث
لم يبلغه **قوله** ولا يضر لمخالفة الحديث المشهور وقال الصدر الشهيد ومن افتى بهذا القول فعليه
لعنة الله والملايكة والناس اجمعين انتهى وهذا لان شرعية ذلك لاعاطفة الزوج حتى لا يسرع في كثرة الطلاق
عوملها بنقيض حين عمل بنقيض ما يباح **قوله** والشرط الايلاج بقيد كونه عن وقوع نفسه وان كان ملفوفا
بخرقة اذا كان بحيث لذة حرارة المحل ولو اخ الشيخ الكبير الذي لا يقدر على الجماع لا بتوته بل بمساعدة اليد لا يحلها
الا ان تنعش وعمل والصغير الذي لا يجامع مثله اول لانه لا تحد لذة اصلا بخلاف من به الله فتور واوجها فيه
حتى التي الخنان فانه تحل به وخرج المجبوب الذي لم يبق له شيء يوخ في محل الحل اي محل الخنان فلا يحل لبعضهم
حتى تحل وفي المبسوط في رواية ابي حفص ان كان المجبوب لا ينزل لا يحل والا يثبت نسب الولد منه لانه اذا جاءت
ما دون ستة اشهر كالصبي او دونه ودخل الخصي الذي مثله يجامع فيحل وفي التجريد لو كان مجبوبا لا يحل فان جاءت بولد

حلت الاول عند ابي يوسف خلافا لمحمد وفي الخلاصة لو كان مشلولا وجامعها حلت عند ابي يوسف خلافا لزفر
والحسن ويشترط كونه في المحل بيقين حتى لو جامعها وهي محفاة لا تحل مالم تحبل ولو تزوج صغيرة لا يوطأ
مثلها طلقها ثلاثا فوطئها هذا الزوج فافضاها لا يحلها وان كانت يوطأ مثلها حلت وان افضاها قوله دون
الانزال خلافا للحسن البصري لا يحل عنده حتى ينزل الثاني حملا للعسيلة عليه ومنعوا بانها يصدق معه ر
ومع الايلاج وانا هو كما في مسند احمد انه صلى الله عليه وسلم قال العسيلة هي الجماع انتهى فحيث صدق مسمى الجماع
يثبت فيه الا ان يحمل سنده بن عبد الملك المكي مجهول قوله وهو الشرط بالنص فيه نظر اذ لو كان هو الشرط
ليس عين لحلت بدخول الصغير الذي لا يجامع مثله لكنها لا تحل به لانه صلى الله عليه وسلم شرط العسيلة من الجانبين
ولا بد من كون الزوج هنا بالغا ايضا وسواء كان حرا او عبدا تزوج باذن المولى عاقلا او مجنونا اذا كان يجامع
مثله مسلما او ذميا في الذمية حتى يحلها لزوجها المسلم ولو تزوجت عبدا بغير اذن سيده فدخل بها ثم اجاز
السيد النكاح فلم يطأها بعد ذلك حتى طلقها لا تحل للاول حتى يطأها بعد الاجازة وتحل بوطئ الزوج في الحيض
والنفاس والاحرام وان كان حراما رجل طلق زوجته فاشتري عبدا صغيرا له عشر سنة فزوجه من مطلقته
فجامعها ثم ملكها اياه فقبلت انفسخ النكاح وحلت للزوج قوله وفسره اي فسر الصبي المراهق في الجامع
فقال غلام لم يبلغ وشله يجامع وفي المغايم المراهق الداني من البلوغ وقيل الذي يتحرك آلته ويشتهي الجماع
وفي فوايد شمس الاسلام انه مقدر بعشر سنين وبه نأخذ وفي باب الاولياء والاكفاء اشترط ان يكون
الزوج كفوا في رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله اذا كانت زوجت نفسها منه وهو قول ابي يوسف وهو المختار
للفتوى في زماننا وفي هذه الرواية لو زوجت الحرة نفسها عبدا لا تحل للاول بدخوله قوله ووطئ المولى لا يحلها
لزوجها لما قدمناه من ان علة حرمة نكاح المزوج وليس المولى زوجا قوله فشرط التحليل بان يقول تزوجتك
على ان احللك له او ستزوجها فهو مكروه لكراهة التحكم المنتهضة سببا للعقاب لقوله صلى الله عليه وسلم
لعن الله المحلل والمحلل له اما لو نوياه ولم يشترطاه فلا عبرة به ويكون الرجل ماجورا لقصده الاصلاح والحديث
المذكور روي من حديث ابن مسعود وعلي وجابر وعقبة ابن عامر وابي هريرة وابن عباس رضي الله عنهم اجمعين
والتخريج عن بعضهم يكفينا فمن ابن مسعود رواه الترمذي والنسائي من غير وجه وقال لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم
المحلل والمحلل له وصححه الترمذي وحديث عقبة هكذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الا اخبركم بالتيس
المستعار قالوا بلى يا رسول الله قال المحلل لعن الله المحلل والمحلل له رواه ابن ماجة قال عبد الحق اسناده حسن
وقال الترمذي في علله الكبرى الليث ابن سعد ما اراه سمع من مشرح بن هاعان والا روى عنه ودفع بان قوله
في الاسناد قال لي ابو مصعب مشرح يرد ذلك ورواه الدارقطني معنعنا عن ابن صالح كاتب الليث
عن الليث به ولذلك حسنه عبد الحق فانه رواه من جهة الدارقطني والا فالحديث صحيح عند ابن ماجة
لان شيخ ابن ماجة يحيى ابن عثمان ذكره ابن يونس في تاريخ المصريين واثنى عليه بعلم وضبط وابو عثمان بن صالح
المصري ثقة اخرج له البخاري ومشرح وثقه ابن لهيعة وابن الرقطان ونقل عن ابن معين انه وثقه والعلة التي ذكرها
ابن طاهر لم يقدح عليها ابن القطان وغيره مجال الترمذي في التخريج المصنف استدل بهذا الحديث على كراهية النكاح
المشروط به التحليل وظاهر التقديم كما هو مذهب احمد لكن نقل ابن سماعة عن محمد ان النكاح لا يفسد والمحلل هو
المثبت للحل فلو كان فاسدا لما سماه محللا انتهى وظاهره انه اعتراض ثم جوابه اما الاعتراض فمنشاه عدم
معرفة اصطلاح اصحابنا وذلك انهم لا يطلقون اسم الحرام الا على ما ثبت بقطعي فاذا ثبت بظني سموه مكروها
وهو مع ذلك سبب العقاب واما الجواب فكلامه فيه يقتضي تلازم الحرمة والفساد وليس كذلك اذ قد يحكم
بالصحة مع لزوم الاثم في العبادات فضلا عن غيرها حضورا على ما يعطي كلامه من تسمية المنع الثابت بظني
حراما قوله وهذا اي المحلل ان شارط هو محل الحديث لان عمومه وهو المحلل مطلقا غير مراد اجماعا والا
عمل المتزوج تزويج رغبة قوله لانه في معنى المتعة والموقت في معنى المتعة او هو المتعة على ما حققنا
فيفسد فلا يحلها ولتسميته محللا لا يستلزم الحل لجواز كونه باعتبار كونه شارطا او طالبا للحل فلا نه ملعون

وعقد النكاح نعمة ولو كان صحيحا لم يلعن عليه ويؤيده ما في مستدرك الحاكم جاء رجل الى ابن عمر يسأله عن رجل
طلق امراته ثلاثا فتزوجها اخ له ليحلها لاخيه هل تحل للاول قال لا الا نكاح رغبة كنا نعد هذا سفاحا على عهد رسول الله
صلى الله عليه وسلم وصححه فلما كونه في معنى الموقت ممنوع اذ تعيين نهايته الوطي لا يستلزم تعيين وقته لانا لو جعلنا
قد يكون في ليلة الخلوة او بعد جمعة او شهر فلا توقيت صريح ولا معنى وحقيقة المحلل مثبت الحل لامن قام به
مجرد طلبه واللعنة على مباشرته من الوجه الممنوع وقول ابن عمر لم يرفعه حتى يعارض لهذا الحديث وقوله
كنا نعده سفاحا لا يستلزم انهم كانوا لا يجعلون حلها للاول لصدقه مع ثبوت الحرمة قوله لانه استعجل
حاصله ان المفسد وهو التوقيت منتف لانه ليس بتوقيت والغرض وهو حلها له يتخلف لانه استعجل
بطريق محظور فيعاقب بنقيض المورث الا ان هذا القياس معارض بالنص وهو قوله تعالى فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا
غيره فاحل كان ثابتا بنص عدمه معنيا بنكاح زوج فعند وجود الغاية ينتهي المنع المغيا فيثبت
ما كان ثابتا البته فحيث حكم بصحة النكاح مع الدخول لزم الحل للاول البته ومن الجهل اذا خافت
ان لا يطلقها المحلل ان تتزوج زوجك نفسي على ان امري بيدي اطلق نفسي كلما اريد فاذا قبل على هذا جاز
النكاح وصار الامر في يدها وهذا بناء على ما عليه العامة ان شرط التحليل يبطل ويصح النكاح وذهب بعضهم
الى انه يصح الشرط ايضا حتى لو امتنع المحلل من الطلاق يجبر عليه ونقل عن ابي حنيفة رحمه الله في رواية
الزند ويبتني ذلك وهذا مما لم يعرف في ظاهر الرواية ولا ينبغي ان يعول عليه والحكم به لانه بعد كونه
ضعيف الثبوت تنبو عنه قواعد المذهب لانه لا شك انه شرط في النكاح لا يقتضيه العقد والعقود
في مثله على قسمين منها ما يفسد العقد كالبيع ونحوه ومنها ما يبطل فيه الشرط ويصح الاصل ولا شك ان النكاح
مما لا يبطل بالشروط الفاسدة بل يبطل الشرط ويصح هو فيجب بطلان هذا وان لا يجبر على الطلاق ثم نتكلم بالشرط
كما تقدم من محل الحديث وبنفي ما وراءه وهو تصدد التحليل بالكراهة وما ورد به السر وجي من ان الثابت عادة
كالثابت بنصه في غير محل كلامهم لانه لا يلزم من قصد الزوج ذلك ان يكون ظاهرا معروفا بين الناس متداولا
انما ذلك فيمن نصب نفسه لذلك وصار مشهورا به وهذا قول اخر وهو انه ماجور وان شرط لقصد الاصلاح
وتأويل اللعن عند هؤلاء اذا شرط الاجر على ذلك هذا ولا ما ذكرنا من قول ابن عمر كنا نعده سفاحا على
عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم جوابا لمن سأل عن واقعة حال مفردة لشخص لا يمكن ان يقال ان مقتضى اللفظ ان
تعلق اللعن به اذا كثر منه ذلك بان نصب نفسه لهذا الامر شرط او لا ان المحلل من فعل بتشديد
العين وهو التكثير في فعل الفاعل او المفعول فلو اراد تعليق اللعن به مرة اذا شرط لقال المحلل من
احلها بهمزة التعدية لان حديث ابن عمر يصدق عن هذا فيكون من نحو قطعت اللحم وان لم يكن فيه تكثير
قوله وبهدم الزوج الثاني الطلقة والطلقتين يعني اذا كان دخل بها ولو لم يدخل لا يهدم بالاتفاق
وتقييده في صورة المسئلة بالحرة لوضوحها في هدم الطلقة والطلقتين ولا يتحقق في الامة الا هدم طلقة
واحدة لانه لا هدم في الامة اصلا قوله وقال محمد لا يهدم والمسئلة مختلفة بين الصحابة بعد ويحكى
عن ابي حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن سعيد ابن جبير قال كنت جالسا عند عبد الله ابن عتبة بن مسعود
اذ جاءه اعرابي فسأله عن رجل طلق امراته تطليقة او تطليقتين ثم انقضت عدتها فتزوجت زوجا
غيره فدخل بها ثم مات عنها او طلقها ثم انقضت عدتها واراد الاول ان يتزوجها كم هي عنده فالتفت الى
ابن عباس ومحمد ما تقول في هذا قال يهدم الزوج الثاني الواحدة والتنتين والثلاث واسبل ابن عمر
قال فلقيت ابن عمر فقال مثل ما قال ابن عباس ورواه البيهقي من طريق الشافعي بسنده عن عمر في نحو ذلك
عند علي ما بقي ونحوه عن علي ونقل عن ابي ابن كعب وعمران بن الحصين فاما المشايخ من الفقهاء بتوسط
من الصحابة وشيان الفقهاء بقول مشايخ الصحابة والترجيح بالوجه قوله لانه غاية للحرمة
اي لان الزوج غاية للحرمة الثابتة بقوله تعالى فلا تحل له اي مطلقا لا بنكاح ولا بملك يمين حتى تنكح
زوجا غيره فيكون اي الزوج منهيا للحرمة ولا انها للحرمة وقبل الشبوت اي ثبوتها فاللام بدل

الامانة ولا تثبت لها الا بعد الثلاث فلا يكون منهيا للحرمة قبل الثبوت اي ثبوتها قبلها مفاد كما لو تزوجها
قبل التزوج او قبل اصابة الزوج الثاني حيث تعود بما بقي من التطليقات قلنا قد علمنا بالنقض وجوابنا
منهيا للحرمة في صورة الغليظة لكن تثبت له وصي اخر بنصف احد وهو اثبات المحل مطلقا قلنا به وتركنا
انتم العمل به وهو الحديث المذكور وانما وجه الاستدلال انه سماه محللا وحقيقته مثبت المحل كالمحرم والمسود
والبيض وغيرها مثبت الحرمة والسواد ونحو ذلك فان قلت تقدم انفا ان محل الحديث الشارط للمحل للعلم
قطعا انه من حيث هو مثبت للمحل ليس متعلق اللعنة والا لتعلقت بالمتزوج تزوج رغبة فلا بد من كون متعلق
اللعنة على ما قالوا شارط المحل فلا يكون فيه دليل على انه مثبت لمحل الجديد شرعا لانه لم يرد بالمحلل مثبت المحل
بل شارطه قبل لا شك ان الزوج يثبت به المحل وهو المراد من مثبت المحل فالمعنى حينئذ لعن الله مثبت المحل
اذا اشترط المحل فلا يكون شارط المحل مرادا بملفوظ من التركيب المذكور بل كله مضمر تقديره حينئذ دليل على ان
الزوج مثبتا لمحل وتعلق اللعنة به اذا شرطه وبه يظهر ان المراد من قول المصنف فيما تقدم وهو محمل
الحديث ان محمله لعنة المحلل اذا شرطه لا ان المراد بالمحلل في لفظ الحديث هو الشارط للمحل لما بينا من انه
لا بد من كونه مثبتا له ثم يرد عليه ما قبل انه لما جعل محللا في صورة الحرمة الغليظة فلا يلزم ثبوته في غيرها
واجيب بانه ثبت فيها بدلالته انه لما كان محللا في الغليظة ففي الخفيفة اولى وايضا بالقياس عليه في صورة
الحرمة الغليظة بجامع كونه زوجا لان صورة الحرمة الغليظة محل والمحل لا يدخل في التعليل لانه لو دخل لاستند
باب القياس لان محل الاصل غير محل الفرع واورد عليه ان ذلك حيث يمكن ولا يمكن هنا لان المحل ثابت فيه وحصل
الحاصل محال اجيب بان لم نقبل المحل لاصل المحل يقبل ثبوت وصف آخر الكمال فيه بان يصير بحيث يملك تجديد بعد الطلقة
والطلقتين وما صلح سببا لاصل الشيء صلح سببا لوصفه بالطريق الاولى وفيه نظر اذ غاية ما تحقق من الشارع تسميته
محللا ومن هو مسمى لا يزيد على انه مثبت لمجرد المحل وهو حاصل في المشارع فيه وكون المحل على الوجه المذكور ليس من
مفهومه وثبوته كذلك في صورة الحرمة الغليظة ليس منه بل بالاتفاق للمحل وهو انه محل ابتدا فيه لحل الاستيفا
الزوج ما له من الطلقات قبله وحيث ابتدا ثبوته المحل كان ثلاثا شرعا فظهر ان القول ما قاله محمد وباقي
الائمة الثلاثة ولقد صدق قول صاحب الاسرار ومسئلة يخالف فيها كبار الصحابة يعوز فقهها ويصعب الخروج
منها وقد يستدل على المطلوب بحديث العسيلة حيث قال عليه السلام لم تريدين ان ترجعي الى رفاعة قالت نعم
قال لا حتى تذوقي من عسيلته فعنا عدم العود بالذوق فعند ينتفي عدمه ويثبت هو والعود هو الرجوع
الى الحالة الاولى وهي ما يملك فيها الزوج ثلاث تطليقات وليس بشيء لصدق حقيقته قبل الزوج الثاني لو
قال بعد الطلقة والطلقتين لا تحل لزوجي المريد ان تعودين الي فلان صدق حقيقته وان كان العود
الى ما يملك به ثلاثا فالحاصل ان العود ليس عين الحالة الاولى محال فالمراد العود المشبه بها وذلك يصدق بمجرد
ملك النكاح والحل لانتفا اشتراط عموم وجه التشبيه **قوله** فان قلت ان قد انقضت عدتي وتزوجت
ودخل بي الزوج وطلقني وانقضت عدتي ثم الاتية انما ذكرا اخبارا هكذا مبسوطا لانها لو قالت حللت لك
فتزوجها ثم قالت لم يحل الثاني دخل بي او ان كانت عالمة بشرائط الحل لم تصدق والا تصدق وفيما ذكره مبسوط
لا يصدق في كل حال وعن السرخسي لا حل له ان يتزوجها حتى يستفسرها لاختلاف بين الناس في حلها بمجرد العقد
وفي الفاسدين لو تزوجها ولم يدخل بها ثم قالت ما تزوجت او ما دخل بي صدقت اذا علم ذلك الامن جهتها
واستشكل بان اقدامها على النكاح اعتراف منها بصحته فكانت مناقضة فينبغي ان لا يقبل منها كما لو قالت
بعد التزوج كنت مجوسية او مزنية او معتدة او منكوحة الغير او محرما او كان العقد بغير شهود ذكره
في الجامع الكبير وغيره بخلاف قولها لم تنقض عدتي ولو قال الزوج لها ذلك وكذبته يقع الفرقة كانه طلقها ولا تجب
عليه نصف المهر المسمى او كله انتهى من قاضيخان رايت في الخلاصة ما يوافق الاشكال المذكور قال في الغنارى
في باب البا لو قالت بعد ما تزوجها الاولى ما تزوجت باخر وقال الزوج الاول تزوجت باخرة ودخل بك لا تصدق
المرأة انتهى ولو قال الزوج الثاني النكاح وقع فاسدا الى جانب امانة صدقته المرأة لا تحل للزوج الاول وان كذبته

تحل كذا اجاب القاضي الامام ولو قالت دخل بي الثاني والثاني منكر فالمعتبر قولها ولذا في العكس وفي النهاية
ولم يميز في لو قال المحلل بعد الدخول كنت حلفت بطلاقها ان تزوجتها فاحلل للاول قلت بنبغي الاسر عما غلب
ظنه ان كان صادقا عنده فلا تحل له وان كان كاذبا تحل وعن الفضلي لو قالت تزوجني فاني تزوجت غيرك
وانقضت عدتي فتزوجها ثم قالت ما تزوجني صدقت الا ان تكون اقرت بدخول الثاني فانه والله اعلم يحل
قولها تزوجت على العقد وقولها ما تزوجت على معنى ما دخل بي الا على انكاري ما اعترفت به ولذا قال الا ان
تكون اقرت بدخول الثاني فانه لم يقبل قولها فانها حينئذ تكون ناقضة صريحة وسئل نجم الدين النسفي
عن رجل حلف بالطلاق الثلاث وظن انه لم يحنث فافتيت المرأة بوقوع الثلاث وخافت ان اعلمته بذلك
ان ينكر هل لها ان تستحل بعد ما بانت منه بسفور ونحوه اذا حدد تجديد العقد قال نعم وديانة **قوله**
لانها معاملة انث الضمير وان كان مرجعه وهو النكاح مذكر الشابهته خبر وفي غير نسخة لانه على الاصل
وقول الواحد منهما مقبول كالوكالات والمضاربات والاذن في التجارات ولذا يقبل قول الاما والعبيد
في الهدية **قوله** وهو غير مستنكر اذا كانت المدة تحتمله افاد ان تصديقها اذا وقع في قلبه صدقها مشروط
باحتمال المدة ذلك **قوله** وسنبينها في العدة قال في النهاية وقعت هذه الجواله غير واجبة لانه لم يذكرها
في العدة ولا في غيرها واجاب بعضهم بانه لم يقل في العدة من هذا الكتاب فيمكن ان يكون اراد في عدة غير
هذا الكتاب ومثل هذا ما يقضي العجب من تسطيره في الاوراق ممن هو من اهل العلم والتوفيق الا بالله واذا لم
يتم بيانها في الكتاب تعين تعيينها في الشرح وذكر بنذة من الخلاف اختلف في اقل ما تصدق فيه اذا ادعت
انقضا العدة بالاقراء فقال ابو حنيفة لا تصدق في اقل من سبعين يوما اذا كانت حرة وقالا اقله تسعة
واربعون يوما وقال شريح لو ادعت ثلاث حيض في شهر وجبت بالبينة من النساء العدول من بطانة اهلها
اقارات الحيض وتغتسل عند كل قرء وتصلي فقد انقضت عدتها قاله علي رضي الله عنه قالون وهنا
بالرومية ومذهب الشافعي انها اثنتان وثلاثون وخمسة ان وقع الطلاق في الطهر وسبعة واربعون
يوما وخمسة ان وقع في الحيض وقال ابو ثور سبعة واربعون وقال مالك في الجواهر اربعون وقال اسحاق
بن راهوية وابو عبيد ان كان لها اقراء معلومة يعرفها بطانة اهلها تصدق فيما يشهد به والا تصدق
في اقل من ثلاثة اشهر وقال الحنابلة تسعة وعشرون ان قلت اقل الطهر ثلاثة عشر وان قلنا خمسة
عشر يزداد اربعة ايام فيصير ثلاثة وثلاثين وما احسن قول اسحاق وابي عبيد وهذا لان العادة
ان الشهر الواحد لا يشتمل على اكثر من حيضة واحدة وطهر فيكذبها العادة اذا اخبرت بما دونه والمكذب
عادة كالمكذب حقيقة الا ترى ان الوصي اذا قال انفقت عليه مائة في يوم لا يصدق وان احتمل صدقه
بان تكرر هلال المشتري في اليوم او لا يريد ان الله سبحانه وتعالى لما اقام الزمان مقام الاقراء الايسة
والصغيرة قدر العدة بثلاثة اشهر فقال والاتي يئسن من المحيض الى قوله فعدتهن ثلاثة اشهر بخلاف ما اذا
اشهد بارتفاع العدة فانه حينئذ يثبت ان هذا من الشهور وهذا ظاهر المذكور في وجه قول ابي حنيفة على رايت
ان قول اسحاق ومن معه اولى به فان لم يوخذ بهذا ينبغي ان لا يعدل عن قول ابي حنيفة وتخريجه على قول محمد
ان يجعل مطلقا في اول الطهر تقديما من تطويل العدة فيحتاج الى ثلاثة اطهار بخمسة واربعين
كل طهر خمسة عشر وثلاث حيض خمسة عشر كل حيضة خمسة اخذا بالوسط فيه وعلى قول الحسن
بن زياد ان يجعل مطلقا في اخر الطهر تقديما من تطويل العدة فيحتاج الى ثلاثة حيض ثلاثين يوما وطهرين
بثلاثين اعتبارا للاكثر وطهر بين بثلاثين ثم يحتاج الى مثلها في حق الزوج الثاني وزيادة طهر خمسة عشر
يوما وعلى هذا لو كانت امة فاقل ما تصدق فيه خمسة وثلاثون طهر خمسة عشر وهو الفاصل بين الحيضتين
وحيضتان بعشرين وعلى تخريج محمد اقله اربعون الطهر الذي وقع الطلاق في اوله والمحلل ثلاثون
وحيضتان بعشرة وتخريج قولها ان جعل مطلقا في اخر الطهر فطهران بثلاثين وثلاث حيض بخمسة اعتبارا
لاقله ثم يحتاج الى مثلها في حق الزوج الثاني وزيادة طهر خمسة عشر يوما وعلى هذا لو كانت امة فاقل

ما تصدق فيه احد وعشرون يوما حيضتان بستة وطهر بخمسة عشر يوما ومثله للثاني وزيادة طهر يعني
اذا جاءت بعد المدتين للطلاق ثلاثا تريد ان يتزوجا لا يجوز حتى يحتسب مع المدتين طهرا آخر بعد كل مخرج جعل
الزوج فيه مطلقا في آخر الطهر لان الزوج الثاني اذا جعل مطلقا في آخره والغرض ان عدة الاول انقضت
باول الطهر لزم ما قلنا ولو كان على طلاقها الثلاث بالولادة فولدت لم تصدق في اقل من ستة وثمانين
يوما بقوله على مخرج محمد وعلى مخرج الحسن لم تصدق في اقل من ماية يوم احتسابا بالنفاس خمسة وعشرين
ثم طهر خمسة عشر ثم ثلاث حيض وطهران بستين وهذا الان المدة في حق النفاس لا يكون حيضا بل بعده
وكون ما بعده حيضا موقوف على ما تقدم طهر تام وهو ما قلنا هذا في حق الزوج الاول لم يحتج في ان نفي
ستين على ما سمعت على التخريجين وعند ابي يوسف يصدق في حق الاول في خمسة وستين يوما لان نفاسها يقدر
باحد عشر يوما عنده لان صدقته اكثر من مدة الحيض فيقدر باكثر من اكثر يوم ثم بعد هذا ثلاث حيض وثلاثة
اطهار ويحتاج في حق الثاني الى ثلاث وثلاثة ايضا وعند محمد تصدق في اربعة وخمسين يوما وساعة
لانه لا غاية لاقل النفاس عنده اذا قالت كان ساعة صدقت ثم الطهر بعد خمسة عشر ثم ثلاث حيض وطهران
ويحتاج في حق الزوج الثاني الى اربعة وخمسين يوما ثلاث حيض وثلاثة اطهار وهذا في حق الحرة واما في
حق الامة فتخرجه على المذاهب غير خاف والله الموفق

باب الايلاء

يختص الزوج بايمان
طرق الطلاق والايلاء واللعان والظهار ضد الايلاء بالطلاق لانه الاصل والمباح في وقته ثم اوقاه الايلاء لانه
اقرب اليه في الاباحة لانه نزيه هو يمين مشروع لكن فيه معنى الظلم لمنع حقها في الوطي والتحقيق ان تخريمها
ليس الا بالطلاق في الحال اولي انتضاء العدة غير ان ثبوته باسباب الاصل والا شهرتها الابتداء به تجيزا
او تعليقا فقدم ثم اولى الايلاء لانه لا يلزم المعصية اذ قد يكون برضاها لحوف عجل على ولد وعدم موافقة
مزاجها ونحو فيتعذر عليه لقطع حاج النفس بخلاف الظهار واللعان فانهما لا ينفكان عن المعصية ولهذا قدم
عليهما الخلع لانه ايضا لا يستلزمها لجواز ان يسأله لا لنشوز بل لقصد تخل للعبادة او لعجز عن ادا حقوق
الزوج والقيام بامور وانما قدم الايلاء عليه مع اشتراكهما في استلزام المعصية والانفكال عنها اختصاصه
هو بزيادة تسمية المال فهو منه بمنزلة المركب من المجرد والايلاء لغة اليمين والجمع الايا قال

قليل الايا حافظ ليمينه وان بدرت منه الاليه برت

وفعله الايلاء يقال اليت ايلاء كتصريف اعطى وفي
الشرع هو اليمين على ترك قربان الزوجة اربعة اشهر فصاعدا بالله او بتعليق ما يستشق على القربان
وهو دليل من قوله في الكتاب لحلف على ترك قربانها اربعة اشهر لان مجرد الحلف يتحقق في حق ان وطيتك
فعبدي حر على ان اصلي ركعتين او اعتمر ولا يكون بذلك موليا لانه ليس مما يشق في نفسه وان تعلق اشقاقه
بعارض ذميم في النفس من الجبن والكسل كالافان وطيتك فعلي حج او صيام او صدقة فالمولي حينئذ من
خلوا عن احد المكروهين من الطلاق او لزوم ما يشق عليه وهو او في من قولهم من لا يخلو امن احد المكروهين
من الطلاق او الكفارة لقصور هذا عن يحنوان قربتك فعبده حر او طلقها طالق وامثاركنه فهو لحلف
المذكور وشرطه محلية المراة واهلية الحالف وعدم النقص عن اربعة اشهر والاول بالزوجية والثاني باهلية
الطلاق عندنا وعندها باهلية الكفارة فيصح ايلاء الذمي عندنا فانه كفارة لحوا لله لا اقربك فان قربها يلزمه
كفارة وان مضت المدة ولا قربان بانت بتطليقة ولا يصح عندهما اما الموالي فهو قربتك فعلي حج
او صلاة او صوم فلا يصح انفاذا ولو ايلى لا يلزم قربة كان قربتك فعبدي حر وهو صحيح انفاذا وحكمه
لزوم الكفارة او الجزا المعلق بتقدير الحنث بالقربان ووقوع طلقته بانية بتقدير البر والفائه
صريحة وكناية فالصريح نحو لا اقربك لا اجامعك لا اطاوعك لا اباضعك لا اغتسل منك من جنابة فلو اراد
الله لم يعين الجماع لم يدين في القضاء والكناية نحو لا امسك لا اتيك لا امسك لا امكنك لا اوطيك
لا ادخل عليك لا اجمع رأسي ورأسك لا اضاجعك لا اقرب فراشك فلا يكون ايلاء بانية ويدين في العفاف
وقيل الصريح للقضاء لا اجامعك لا اتيك وهن كنايات تجري فيهن الصريح والاولى الاول لان الصراحة

الذكري بان ذكر التفصيل بعد الاجمال وان كانت لغير فكالاول فان فاؤا اي بعد الايلاء والذكري فانه لما ذكر تعالى
ان لمن يؤلون ان يتربصن اربعة اشهر من غير بينونة مع عدم الوطي كان موضع تفصيل الحال في الامرين فقوله تعالى
فان فاؤا الخ قوله تعالى سميع عليم واقع لهذا الغرض فيصح كون المراد فان فاؤا اي رجعوا عما اسمن واعليه بالوطي في المدة
تعقيبا في الايلاء التعقيب الذكري او بعدها تعقيبا في التربص فان الله غفور رحيم لما حدث منهم من اليمين في الظلم
ومنعه الفيئة في ذلك بسبب البينة التي هي توبة او غفور رحيم للحنث في اليمين ان كان برضاها لغرض تخصيص ولد عن
الفيئة وحنث رحيم بشرع الكفارة كافية عنه فنظرنا فاذا قراءة ابن مسعود فان فاؤا فيهن نرجح احد الجايزين
وهو كون الفيئ في المدة اما باعتبار ان الاصل يوافق القراءتين شاذتين كانتا او احداهما شاذة فتنزل تفسير المراد
بالاخري واما باعتبار انها تستقل لاثبات كونه في المدة اذ معارض القراءة المشهورة لا تهما اعم من كونه فيها او بعدها
ثابتا في احداهما عند ناوان في المختلف في الخصم ورد المختلف في الاصل لا شك ان القراءة الشاذة انما يجوز اعتبارها
الراوي خبرا عن صاحب الوحي قرانا فاما شاذة القراءة لعدم الشرط وهو التواتر انتفا الاخص فان القراءة اخص من
الخبرية وانتفا الاخص لا يستلزم انتفا الاعم فدار الامر بين كونها قرانا او خبرا عن صاحب الوحي وذلك دوران بين الجهتين
على وجه وبينها على وجه اخر والدوران بين الجهتين وعدمها فان قيل حاصل المناقشة جواز ان في في المدة ونحن لا ننكر ذلك وانما الكلام في
ان له ان يفي بعدها وتحمل عينه اذا لم يفي فيها او لا بمجرد مضيها وقع الطلاق فلا يمكن من الفي اتبثناه والقراءة المذكورة
لا تفيد قلنا ليس كذلك فانه تعالى جعل حكم الايلاء هذه القراءة ان يفي في المدة او تثبت الطلاق بتطليق او تطليق
القاضي على الخلاف هذا هو المناقشة بقوله فان فاؤا فيهن فكذا وان عزموا الطلاق فكذا على ما عرف من التاويل لان
التردد ماخوذ في كل قسم منه نقيض الاخر اي وان عزموا الطلاق فلم ينشوا فيها وهو لازم فانهم لو فاؤا فيهن لم تبق عزيمة
الطلاق فلزم بالضرورة الاتي في المدة الثاني ان يمضي المدة تقع الفرقة بينهما طلاقا بائنا وعند ما يكون الايلاء
او طلاق الخاص لقوله تعالى وان عزموا الطلاق فلو كان الطلاق يثبت بمجرد مضي المدة لم تصور العزم عليه
وكان النفي بشير الله سميع وهو قوله فان الله سميع عليم والوجه الذي ذكره المصنف وحاصله الحاق المولي بالعنين
في حكم لزوم الطلاق بالطلاق فان لم يفعل طلق عليه جامع امتنع عن الامساك بمعروف فيومر بالتشريح باحسان
والا كان موقعا من غير ايقاع وللجواب قوله لا يتصور العزم عليه لو وقع بمجرد انقضا المدة ممنوع بل اذا فرض
وقوعه عندها كان عزيمة الطلاق عزمه على الاستمرار على الترك حتى يتم لغني وان عزموا الطلاق فان استمروا
على ذلك الترك حتى تنقضي المدة فان الله سميع عليم جا يقارن هذا الترك والاستمرار من النية والمجادلة وحديث
النفس به كما يسمع وسوسة الشيطان عليم باستمرارهم على الظلم وفيه معنى الوعيد على ذلك واندراج في هذا
جواب الثاني وعن الاخير بان العنين ليس بظالم فناسبه التخفيف عليه ولذا كان اجله اكثر والمولي ظالم بمنع حقها فجازي
بوقوعه بنفس الانقضا واسلم انه ملا يباع بل الزوج ملا يلا بوقع فقد كان في الجاهلية تجيز الجملة الشارع ان
يجعل جايزا ان يحكم بوقوعه عند استمرار ظلمه من المدة من غير لفظ الطلاق وهذا لان حقيقة الطلاق انما هي
رفع القيد الثابت شرعا بالنكاح ولفظ انت طالق الالة التي تثبت بها عندها شرعا ولم ينقل الشرع ثبوته
على اللفظ لا يرى انه حكم بثبوته عند كتابته على ما تقدم وليست الكتابة لفظا فلا يعدان يحكم به عند ظلمه
بمضي حقها من المدة بقال كيف يكون طلاقا بذلك وهو يطيقه واحق ما يطلق عليه الناضي ولا يلزمه بغيرها فهو
ليس بطلاق الا ما نقول ذلك في الحكم فلما في الديانة فيما بينه وبين الله تعالى فعليه ان عاد معها اجبارا يعفا فان ابى
كان عاصيا والنصوص من السنة والاثار تفيد ذلك لكن بقي ان يقال هذا كله تجويز لوقوعه كذلك ونحن نقول بجوازه
لكن الكلام فيما هو الثابت بمقتضى دلالة الدليل وهو ما قلنا فان الايه وان صح فيها كون العزم على الطلاق بالمعنى الذي
قلتم لكن الظاهر ما قلنا والجواب ان قراءة ابن مسعود لما كانت الاتي بعد المدة لزم انتفا قولكم من لزوم ناحد
الامرين من الفي او الطلاق فثبت ان المراد بها ما قلنا والالزم احداث قول ثالث وهو لزومه بعد المدة بامر واحد
وهو الطلاق وهذا التقدير هو محل استدلال المصنف حيث قال ولانه ظلم بمنع حقها فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح
عند مضي المدة والاظاهر انه معارض لانه استدلال بعين محل النزاع فكانه قال فجازاه بذلك بالنص وتقريره ان الولاية

عشرة يكون الفي في المدة بقراءة اخري على ما ذكرنا واحتج ايضا بما ثاد وهي ما روي الدارقطني قال حدثنا
ابو بكر المقرئ قال ذكرت لاحمد ابن حنبل حديث عطا الخراساني عن عثمان يعني به ما سنذكره ما يوافق
مذهبنا فقال لا ادري ما هو فذكروي عن عثمان خلافه قيل له من رواه قال حبيب بن ابي ثابت عن طاوس
عن عثمان وما روي مالك في المطا عن جعفر ابن محمد عن ابيه عن علي ابن ابي طالب رضي الله عنه انه قال
كان يقول اذا ابى الرجل من امراته لم يقع عليه الطلاق فان مضت الاربعة الاشهر توقف حتى يطلق
او يفي وما روي البخاري عن ابن عمر بسنده انه كان يقول في الايلا الذي سمى الله تعالى لا تحل بعد ذلك
الاجل الا ان يمسك بالمعروف او يعزم بالطلاق كما امر الله تعالى وقال ابو البخاري قال ابو اسمعيل
ابن ابو بس حدثني مالك عن نافع عن ابن عمر قال اذا مضت اربعة اشهر توقف حتى يطلق ولا يقع عليه
الطلاق حتى يطلق انتهى وقال الشافعي حدثنا سفيان عن يحيى ابن سعيد عن سليمان بن يسار قال
ادركت بضعة عشر رجلا من الصحابة كلهم يقول ليوقف المولي وقال بعضهم روي سهيل ابن ابي صالح عن ابيه
قال سالت اثني عشر رجلا من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا ليس عليه شي حتى تمضي اربعة
اشهر قلنا الاثار الاربعة الاول معارضة اما الاول فيما روى عبد الرزاق حدثنا معمر عن عطا الخراساني
عن ابي سلمة ابن عبد الرحمن ابن عثمان بن عفان وزيد بن ثابت كانا يقولان في الايلا اذا مضت اربعة
اشهر فهي تطليقة واحدة وهي احق بنفسها وتعتد عدة المطلقة وهذا اولا بان سنده جيد موصول
بخلاف ذاك فان حال راويه لا يعرف الا بحبيب وهو ايضا اعضله ولا يعلم ان طاوسا اخذ عن عثمان
فهو منقطع واما الثاني فيما اخرج عبد الرزاق اما معمر عن قتادة ان عليا وابن مسعود وابن عباس
رضي الله عنهم قالوا اذا مضت اربعة اشهر فهي تطليقة وهي احق بنفسها وتعتد عدة المطلقة وكل منهما
مرسل فان رواية محمد بن علي بن الحسين بن علي بن ابي طالب رضي الله عنهم مرسلة وكذا قتادة وهما
متعاصران وتوفي قتادة سنة سبع عشرة او ثمان عشرة ومائة على اختلاف الاقوال وكذا توفي محمد
بن علي سنة سبع عشرة في قول وقال غيره واحد سنة ثمان عشرة وقيل سنة اربع عشرة وقيل في سنة
عشر وقيل ست عشرة فاعتمد على هذا القدر المثبت من اشتهار قتادة بعلم الحفظ والاتقان مع
المحافظة على الاداء كما سمع بعينه الكثير واشهر من المثبت لمحمد قال عبد الرزاق عن معمر كان رجل ياتي
ابن سيرين قال راب جامة التعمت لولوة خرجت عنها اعظم مما دخلت ورات جامة اخري التعمت
لولوة خرجت اصغر مما دخلت ورات اخذ التعمت لولوة خرجت كما دخلت سوا فقال له ابن سيرين
اما التي خرجت اعظم مما دخلت فذاك لحسن يسمع الحديث فيجوده بمنطقه ثم يصل فيه من سواعظه
واما التي خرجت اصغر فذاك محمد ابن سيرين ينقص منه ويسيل واما التي خرجت كما دخلت
فهو قتادة وهو احفظ الناس انتهى واما تراجعه العجاب من حفظه واما الثالث والرابع فيما اخرج
ابن ابي شيبة حدثنا ابو معاوية عن الاعمش عن حبيب عن سعيد ابن جبير عن ابن عباس وابن عمر قالا اذا لي
فلم يفي حتى مضت اربعة اشهر فهي تطليقة بائنة ورجال هذا السند كلهم احتج بهم الشيخان منهم رجال
الصحيح فيتهض معارضا ولم ينزل الاقوال من قال بان اصح الحديث ما روي في كتاب البخاري ومسلم مما كان
على شرطهما او احدهما عرف وقد مناه في كتاب الصلاة انه نحكم بصحة انه اذا كان الغرض ان المروي على الشرط
المعتبر عندهما فلم يبنه لا كونه في صحيحه لم يكتب في خصوص اوراق معينة ولا اثر لذلك وقول البخاري اصح الاسانيد
مالك عن نافع عن ابن عمر لم يوافق عليه فقد قال غير واحد غيره وقال المحققون ان ذلك بتعذر الحكم به وانما يكون
الى المناسبة لما صابي وبلد فيقال اصحها عن ابن عمر مالك عن نافع عنه وعن ابي هريرة الزهري عن سعيد بن
المسيب عنه واصح اسانيد الشاميين الاوزاعي عن حسان بن عطية عن الصحابة واصح اسانيد اليمانيين
معمر عن همام عن ابي هريرة ونحو ذلك ولحسن من هذا ايضا الوقوف على افتحام هذه فان في خصوص
الموارد فقد يلزم الوقوف عن ذلك نعم قد يكون الراوي العين اكثر ملازمة لمعين من غيره فيصير اوري

عديثه واحفظ له منه على معنى اكثر احاطة بافراد متونه واعلم بعادته في تحديثه وعند تدليسه ان كان
ويقصد عند ايهامه وارساله ممن لم يلازمه تلك الملازمة اعلى في توصيف فرد ان غيره ممن هو مثله
في ملكة النفس من الضبط اذا رفع سمعه منه فاتقنه وحافظ عليه كما يحافظ على ساير محفوظاته
يكون ذلك سندا عليه في روايته بمعارضة ما لعله الا يحفظ تحكم فان بعد هذا الفرض لم يبق زيادة للاخر
بالملازمة دائرها الذي يزيد به على الاخر انما هو بالنسبة الى مجموع متونه لا بالنسبة الى خصوص متن
وصيغة فنا فيك بسعيد بن جبير وقد روى عن ابن عمر وابن عباس خلافه واما رواية الشافعي عن سليمان
فحاصلها ان قول جماعة من الصحابة كذلك وكذا ما ذكر عن سهيل ولم يتبين من هم فيجوز ان بعضهم ممن تعارضت
عنه الروايات مع اختلاف طبقاتهم في علو الحال والفقه كالاسماء كان عمن ذكروا وكون من ذهب الى خلافه
المروي عنهم افقه واعلم منصبا ونحن قد اخرجنا ما قلنا عن الاكابر مثل عثمان وعلي بما يرجح ما عارضنا
وكذا عن زيد ابن ثابت وهو من الاكابر ايضا ممن اخذ ابن عباس رضي الله عنهم بركابه حين ركب وقال هكذا امرنا
ان نفعل بعلمائنا وكذا عن ابن عباس فيما قدمناه وكذا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه اخرج الدارقطني عن
ابن لهيعة حدثني محمد ابن مسلم بن شهاب عن سعيد بن المسيب وابي بكر ابن عبد الرحمن ان عمر ابن الخطاب
رضي الله عنه كان يقول اذا مضت اربعة اشهر فهي تطليقة وهو املك برجعتها ما دامت في عدتها وابن لهيعة
مسوح فيه بالحديث واخرج عبد الرزاق حدثنا معمر وابن عيينة عن ايوب عن ابي قلابة قال اتى النعمان
من امراته وكان جالسا عند ابن مسعود فضرب فخذه وقال اذا مضت اربعة اشهر فاعتزف بتطليقة واخرج
نحوه ايضا عن عطاء وجابر بن زيد وعكرمة وسعيد بن المسيب وابي بكر ابن عبد الرحمن ومكحول واخرج
الدارقطني نحو هذا عن ابن الحنفية والشعبي والنخعي ومسروق والحسن وابن سيرين وقبيصة وسالم وابن سلمة
وهذا ترجيح عام وهو ان كل من قال من الصحابة بالوقوع يحمل المضي بتوجيه على قول لغة لانه لم يكن
بدين كونه محمولا على السماع لانه خلاف ظاهر لفظ الآية فلو لا انه مسموع لم يقولوا به على خلافه
ومن قال لعله لم يظهر له قولهم مثل ذلك لانهم مع المتبادر من اللفظ لا يلزم حمل قولهم على سماع وادرج
في هذا من روي عنهم الشافعي من الصحابة وسهل على انه ليس في اللفظ المروي لسهيل حجة لاحد القريقين
اصلا قوله وان كان حلف على الابد هو بان يصدع بلفظ الابد او يطلق فيقول لا اقربك مقتصرا
الا ان تكون حائضا فليس بمولي اصلا لانه ممنوع بالحيض فلا يضاف المنع الى اليمين وكذا لا اقربك حتى
تقوم الساعة وحتى يلج الجمل في سم الخياط يكون موليا قوله الا انه لا ينكر استثناء لازم قوله
فاليمين باقية فيما يتبادر رفانه يتبادر منه انه يقع اخرى عند مضي اربعة اشهر اخرى اذا كانت
لم تنقض عدتها بعد وبه قال ابو سهل وعليه مشى المرغيناني لان حاصل اليمين المطلقة كلما مضت
اربعة اشهر لم اجامعك فيها فانت طالق ولو صرح بذلك كان الحكم كذلك فكذا اذا صرح بلازومه والمختار
قول الكرخي انه لا يقع الا اذا نوى وقوعها وعليه مشى في البدايع وشرح الوقاية والاسبيجابي والجامع
لان وقوع الطلاق جزاء الظلم وقد تحقق في الاول بالحلف على ترك قربانها حال قيام العصمة فانعقد
ايلاء وثبت حكمه من الوقوع عند مضي الاشهر جزاء الظلم وليس للبائنة حق الوطي فلا ينعقد الايلاء ثانيا
ابتداء لتحققها فلا يلزم حكم البر فيه بخلاف ما لو اتى حال قيام النكاح ثم ابانها تتجيزا ثم مضت مدة الايلاء
وهي في العدة حيث يقع الثانية لصحة الايلاء لصدوره في حال يتحقق به ظلمه فتكون اذا صح بمنزلة
تعليق البائن والبائن المعلق بلحوق البائن المنجز في العدة على ما اسلفناه في ذيل الكنايات وبهذا
التقرير يتضح لك الجواب عن قول ابن سهل انه كقوله كلما مضت اربعة اشهر فانت طالق وذلك
لان قوله والله لا اقربك اربعة اشهر انما صار بمنزلة قوله اذا مضت اربعة اشهر فانت طالق اذ انعقد
الايلاء شرعا مستعقبا لحكمه من وقوع الطلاق بتقدير البر وانقضاء ايلاء انما يكون حال كونه ظالما
لان ذلك الحكم هو جزاؤه فاذا لم يكن ظالما كان الثابت بمجرد اليمين على ترك قربانها وهو اعم من الايلاء فلا يتناول

يبقى بعد ذلك الا ان يصير قوله
فيبقى بعد ذلك الا ان يصير قوله كلما مضت اربعة اشهر الى اخر فيوقف عليه حكم اليمين
المجردة وهو الكفارة فالوطي كالوقال لاجنبية والله لا اقربك ابدا ثم تزوجها فلم يطأها حتى مضت اربعة
اشهر لا تطلق ولو وطيء كفر للحنث كذا هنا ولذا قلنا اذا تزوجها بعد زوج اخر بعد وقوع الثلاث بواسطة
تكرار النكاح في الايلاء المطلق يلزمه الكفارة لو وطيء وان لم يقع الطلاق لو مضت المدة دون وطي قوله
ويعتبر ابتداء هذا الايلاء من وقت التزوج اطلق في ذلك وكذا في الكافي وفيه في الهداية والغاية تبعا
للتمرتاشي والمرغيناني اذا كان التزوج بعد انقضاء العدة فاما ان كان فيها اعتبر ابتداؤه من وقت الطلاق
قال في شرح الكنز وهذا لا يستقيم الا على قول من قال ان الطلاق يتكرر قبل التزوج وقد بينا ضعفه
انتهى قال في العناية والاطلاق كما في الهداية قوله لتنبيه بطلان هذا الملك اذ الغرض منه
المنع وذا انما يحصل ببطلان حل يخاف بطلانه فاما بطلان حل سيوجد جديدا بعد التزوج بغير
لانه غالب العدم على وزان ما قدمناه في مسئلة التنجيز وهو ما اذا علق طلاقها بالدخول ثلاثا فتزوجت بغيره ثم اعادها فدخلت لا تطلق خلافا لزفر فهذه فرع تلك وفيها خلاف زفر كذلك
ولو بانت بالايلاء مرة او مرتين فتزوجت بغيره ثم عادت اليه عادت بثلاث تطليقات وتطلق
كلما مضى على اربعة اشهر لم يجامعها فيها حتى تبين بثلاث وفيه خلاف محمد وهي مبنية على مسئلة
الهدم وقد مرت قوله فان حلف على اقل من اربعة اشهر لم يكن موليا وقال به الائمة الاربعة الا اكثر
العلماء وقالت الظاهرية والشيعة وقتادة وحماد وابن ابي ليلى واسحاق يصير موليا وقيل المدة وكيف ما
فان تركها اربعة اشهر بانت بطلقة لاطلاق الاية في ذلك فان لم يفيء الا ايلاء يكون على اربعة
اشهر فضاعدا بل حضر بالاربعة من التربص واطلق لحلف وكان ابو حنيفة اولا يقول به ثم رجع الى قول
ابن عباس لما صح عنده فتواه كما انه اخرج ابن ابي شيبة حدثنا ابن مسهر عن سعيد عن عامر الاحول
عن عطاء عن ابن عباس قال اذا اتى امراته شهرا او شهرين او ثلاثة ما لم يبلغ الاربعة ليس بايلاء اخرج
البيهقي عنه قال كان ايلاء الجاهلية السنة والسنتين والاكثر من ذلك فوقت الله عز وجل اربعة اشهر
فان كان اقل من اربعة اشهر فليس بايلاء واخرج ابن ابي شيبة نحو عن عطاء وطاوس وسعيد بن جبير
والشعبي ولا شك ان ظاهر الاية قول من قال بانه ايلاء والمعول عليه في دفعه قول الصحابي وكبار
التابعين ممن ذكرنا فان قول الصحابي في مثله ظاهر في السماع لكن بقي فيه انه زيادة على النص اذ هو تقييد
لاطلاق الحلف في كونه ايلاء لا يجوز الا ان يكون فيه اجماع من الصحابة والمعنى الذي ذكروه من الوجه الا يتقدر
على الغريزان في المدة لا شيء يلزمه وهذا ليس كذلك فرع كون اقل المدة اربعة اشهر والاقتحى لا تقول
بمقتضاه اذا قلنا بعدم تقييد المدة المحلوف عليها فان ثبت كون الاقل اربعة اشهر به نصادم قوله
لان الامتناع عن قربانها في اكثر المدة بلا ما يمنع قيل هو ممنوع على انه اراد بالاقل من اربعة اشهر
شهرا فان وضع المسئلة في الاصل اذا حلف لا يقربها شهرا والا فالاقل من الاربعة فلا يستلزم كون
الامتناع الذي في بعض المدة مطلقا لا في اكثرها جوازا كون الحلف على ثلاثة اشهر وقيل لفظ الاكثر مقحم
وبعد ذلك التقريب ظاهر وقيل اراد بالاكثر تمام المدة اربعة اشهر سماها اكثر لانها اكثر من المدة
المحلوف عليها ولا اشكال حينئذ لان المانع غير موجود في جميع ما في جميع صور الحلف على اقل من اربعة
واستضعفه في الكافي قال واما يصح ان لو قال في الاكثر المذكور انتهى ووجهه ان افعل التفضيل
يلزم فيه اضافته الى شيء كونه معينا اضيف اليه ولذا امتنع بوجه احسن اخوته وحواضر البلد
افضل المدائن وليس الاربعة اشهر التي هي المراد بها اكثر بعض المدة المضاف اليها لاستحالة كون
الاربعة بعض ما هو اقل منها فلن في صحته ان يقول الاكثر المذكور يعني المدة المحلوف عليها ومن الايلاء
وهي اربعة اشهر مدون الثانية اكثرها ولا اشكال في انه لو قال في بعض المدة كان احسن واسلم
قوله وشهرين بعد هذين الشهرين الى اخر الحيلة الثانية لفظ بعد الشهرين ليس قيدا

لا فرق بين مكثه يوما او ساعة وقيل تكرير اليمين في مجلس او مجالس وبينهما اقل من يوم تتجين عند ابي حنيفة
وابي يوسف فقيد بمكثه يوما لتكون المسئلة اتفاقية وهذا بعيد لان اثبات المذهب نصوا على ان
قوله والله لا افعل كذا والله لا افعل كذا يمينان ولم يحك فيه خلاف وانما حكي في قوله والله لا افعل فذكروا
ان ظاهر الرواية انها يمينان وفي نوادر ابن سماعة يمين واحدة وفي المنتقى جعل كونها يمينين قياسا وكونها
واحدة استحسانا وقوع في الدراية في اخر الباب من غير بعزوه قال والله لا اقربك مرارا في مجلس واحد
تتعدد الكفارة وتطلق ثلاثا يتبع بعضها بعضا خياسا وهو قول محمد وزفر واحدة استحسانا وهو قولهما
وهو طلاق الا شهر ولو قال في الثانية بعد يوم والله لا اقربك شهرين لم يزد على ذلك لم يكن موليا ايضا
لان الايلاء بالكتاب بل لتداخل المدتين فتتاخر المدة الثانية عن الاولى بيوم واحد او ساعة بحسب
ما فصل بين اليمينين فاكمل من حلف عليه الحلف على شهرين ويوم او ساعة على حسب الفاصل والاصل
في جنس هذه المسايل ان الايلاء يوجب طلاقا في البر وكفارة في الحنث وانه لا تلازم بين كونه ايلاء ويمينا
فقد يكون ايلاء ولا يتعدد البر والحنث وقد يتحدان وقد يتعدد البر ويتحد الحنث وقلبه وتعدد
البر يتعدد المدة لانه يتعدد الايلاء وهو يتعدد الظلم وهو يتعدد مدة المنع وما لم يجب بعد دها من اللفظ كانت
المدتان متداخلتين وتعدد اليمين يتعدد اسم الله او تكرار حرف الاداة على المدة ومن زاد السكوت
لم يخرج اليمين لان الاسم الكريم يتكرر بعد السكوت ولو كان للحلف بغير الاسم الكريم لم يلزم التعدد من تعدده
في التجريد عن ابي حنيفة رضه الله اذا حلف بايمان عليه لكل يمين كفارة والمجلس والمجالس سواء ولو قال
عنيت بالثاني الاول لم يستقم في اليمين بالله تعالى ولو حلف بحجة او عمرة يستقيم مثل تعددها اذا جا
عند فوالله لا اقربك اذا جا بعد غد فوالله لا اقربك اما انها يمينان فلتعدد الذكر واما انها ايلاءات
فلتعدد المدة فان تركها اربعة اشهر من اليوم الاول برئي الاولى وبانت فاذا مضى يوم اخر برئي
الثانية وطلقت ايضا ولو قربها بعد الغد تجب كفارتان وان اطلق لزمها في الكافي ولو قربها
في الغد لزمته كفارة لان الغد لم يتعقد عليه الا يمين واحد وتعدد الكفارة بتعدد اليمين ونظير
في النوازل قال والله لا اكلم يوما والله لا اكلمه شهرا والله لا اكلمه سنة ان كلمه بعد ساعة فعليه ثلاثة
ايمان وان كلمه بعد الغد فعليه يمينان وان كلمه بعد شهر فعليه يمين واحدة وان كلمه بعد سنة
فلا شئ عليه ومن تعدد منها والله لا اقربك اربعة اشهر والله لا اقربك اربعة اشهر اخرى بعد
هذه الاربعة الاشهر وكذا والله لا اقربك اربعة اشهر والله لا اربعة اشهر اخرى بعد هذه الاربعة
الا شهرا انه تعدد بتعدد المدة بلا تداخل بلا يتصور في قربان واحد كفارتان وهذا نظير مسئلة
الهداية في عدم تداخل المدتين اعني قوله والله لا اقربك شهرين ثم بعد يوم والله لا اقربك شهرين
بعد هذين الشهرين فانه ليس بايلاء كما ذكر ولكن تتداخل المدتان فلو قربها في الشهرين الاولين
لزمته كفارة واحدة وكذا في الشهرين الاخرين لانه لم يحنث على شهرين بل على كل شهر من يمين
واحدة وقد سوا رحمه الله في شروح الهداية من النهاية ومختصرها وغاية البيان على الخطا عند كلامهم على هذه
المسئلة فاحذره فلو قربها في الاربعة الاولى لزمه كفارة واحدة وكذا في الاربعة الثانية ولو كان
الملق قال والله لا اقربك ثم بعد ساعة فصاعدا قال والله لا اقربك ثم بعد ذلك بساعة قال لذلك
فقربها بعد اليمين الثالثة لزمته ثلاث كفارات للتداخل في المحلوف عليه ولو لم يقربها حتى مضت اربعة
اشهر بانت بطلقته وعند تمام الثانية وهو ساعة بعد ما بين باخري اذا كانت في العدة وعند تمام
الثالثة تبين بثالثة بلا حلال ما معنى في الكتاب في فاسد اليمين فان الايلاءات هنا تتنوع بتعاقبه
بواسطة تاييد اليمين الواحدة بخلاف الحلاف في انه هل يتعقد الايلاء الثاني في العدة او لا ومن منعه
قال لا يبتدا الايلاء الا في حال يكون بالمنع ظالما فالايلاءات الثلاثة صدق بها في حال العصمة
وهو حال تحقق ظلمه بالمقام فلا يتوقف وقوع الثانية على قيام النكاح ولو كان في حال مرتين فقط لم تقع الثالثة

الا اذا تزوجها فتقع بحكم تاييد اليمين ولو كان قال مرتين فقط لم تقع الا مضت اربعة اشهر من وقت
التزوج ومثال اتحادها والله لا اقربك اربعة اشهرا والله لا اقربك شهرين وشهرين وفي الكافي
في تنظير كلا كلمت واحدا من هذين فوالله لا اقربك فكلمتهما معا وليس للتقييد بذلك فاينما فان بتكليمهما
معا لم تحل اليمين بل لو كلمت احدهما ثبت الايلاء فالظاهر كون هذا من صور تعدد البر فان علة التعدد
فيما بعد هذه بعينها في من ومثال تعدد البر واتحاد اليمين كلما دخلت هذه الدار فوالله لا اقربك
فدخلتها في يوم ثم في يوم اخر فان قربها كفارة واحدة وان تركها اربعة اشهر من اليوم
الاول بانت بطلقته فاذا مضى يوم اخر بانت باخري واذا مضى يوم اخر بانت بالثالثة وفي هذا
المثال نظر لان الحلف بالله وقع جزا الشرط متكررا فيلزم تكرره ولا يشكل بانه لا حلف عند الشرط
الثاني والثالث لانه لم يوجد فيه ذكر اسم الله تعالى والا لزم الا حلف عند الشرط الاول ايضا
ومع ذلك ثبت الحلف عنده ولعله اشتبه والله كلما دخلت لا اقربك بكلما دخلت فوالله لا اقربك
وكذا لو قال كلما دخلت فانت طالق ثلاثا ان قربتك بتعدد برا وكلما دخلت انعقدت من يقع
بعضها واحدة بائنة ولا تصور لضمه الامر واحدة لتعذر وقوع شئ اخر بعد الثلاث ونحو كلما
دخلت فعبدي حران قربتك سوا ومثال اتحاد الايلاء وتعدد اليمين اذا جا غد فوالله لا اقربك ثم قال
في المجلس اذا جا غد فو الله لا اقربك فهو ايلاء واحد في حكم البر حتى لو مضت اربعة اشهر من
الغد طلقت وان قربها فعليه كفارتان لاتحاد المدة وتعدد الاسم وكذا والله لا اقربك اربعة اشهر
ولا اربعة اشهر من غيران يزيد لفظ اخري ونحوه واعلم ان هذه خلافية وصورتها في الخلافيات
لو قال والله لا اقربك والله لا اقربك والله لا اقربك في ثلاث مجالس فكل من اليمين والايلاء ثلاثة
وان كان في مجلس واحد فان اراد به التكرار فاليمين واحد والايلاء واحد وان لم ينو شيئا او اراد ان
التشديد والتغليظ وهو الابتداء دون التكرار فالايمان ثلاثة اجماعا والايلاء عندهما واحد وهو قول
محمد حتى اذا مضت اربعة اشهر ولم يقربها تبين بطلقته ثم عقيبها تبين باخري ثم باخري الا ان يكون
بينهما دخول بها فلا يقع الا واحدة وان قربها وجب عليه ثلاث كفارات وفي الاستحسان وهو قولهما
الايلاء واحد فلا يقع الا واحدة ويجب بالقربان ثلاث كفارات لان الشرط الواحد يكفي لايمان
كثيرة ولو كانت المدة متممة كان المنع متحدا فلا تتكرر الايلاء **قوله** لم يكن موليا اي في الحال لانه يكون
موليا اذا قربها وبقي بعد يوم القربان اربعة اشهر فصاعدا الى تمام السنة حتى لو تركها بعد ذلك القربان
اربعة اشهر وقعت تطليقة **قوله** اعتبارا بالاجارة وهو ما اذا قال اجرتك سنة الا يوما ينصرف
اليوم الى اخر السنة وكذا اذا قال في الصورة المذكورة سنة الا نقصان يوم موليا صرح به في الاخر
وربما اذا اهل الدين **قوله** وهو ما يمكنه لان المستثنى يوم منكر فيصدق على كل يوم من الايام تلك
السنة حقيقة فيمكن ان يريد ما قبل مضي اربعة اشهر من غير شئ ويلزمه اعتبارا باليوم الوطي واليوم
المستثنى بخلاف ما قاس عليه فان المعين لكون اليوم المستثنى اخر السنة ليس باللفظ بل بتصحيح الاجارة
فانها تبطل بالجهالة وهذا يحمل على حقيقته حتى يصير شائعا في السنة لا يتعين من الاجارة
والنقصان ينصرف الى الاخير وكذا المقصود من تاجيل الدين تاخير المطالبة فتعين بدلالة
الحال والذي يشكل الفرق بينه وبين قوله والله لا اكلم زيدا سنة الا يوما ينصرف الى اليوم الاخير
وجواب صاحب النهاية بان المعين ايجابي وهو المغايرة المقتضية لعدم كلامه من الحال
منظور فيه بانه مشترك الالزام اذ الايلاء ايضا يكون عن المغايرة **قوله** صار موليا
لسقوط الاستثناء مع ان الباقي من السنة مدة الايلاء ولو طلق بان قال لا اقربك الا يوما لا يكون
موليا حتى يتقربها فاذا قربها صار موليا ولو قال سنة الا يوما اقربك فيه لا يكون موليا ابدا لانه
استثنى كل يوم يقربها فيه فلا يكون ممنوعا ابدا وكذا لو طلق مع هذا الاستثناء واذا قال سنة

مضت اربعة اشهر ولم يفئ بها فيه فوقفت طلقته ثم تزوجها ومضت اربعة اخرى لم يفئ بها وقعت
اخرى فاذا تزوجها مضت اربعة اخرى لا يقع لان البائن بالصفة اقل من اربعة اشهر **قوله**
ولو قال وهو بالبصرة اذا حلفت لا اغتربها فكان معين فيه او زمان معين وهو فيه او غيرها ان كان بينهما فوق
اربعة اشهر كان موليا على ما قاضي خان والمرغيناني فانهما قالا لو كان بينهما ميسور اربعة اشهر ففيه
بالامكان ولم يعتبر امكان خروج كل منهما الى الاخر فيلتقيان في اقل من ذلك وعلى ما في جوامع الفقه يعتبر ان يكون
بينهما ثمانية اشهر فانه قال لو كان في بلد وزوجته في بلد خلف لا يدخله وبينهما اقل من ثمانية اشهر
لا يصير موليا لجواز انهما يخرجان فيلتقيان في اقل من اربعة اشهر فيقربها وان كان بينهما اقل من ذلك لم يكن
موليا عند الائمة الاربعة الا في رواية عن احمد وهو قول ابن ليلى فانه يكون موليا فان تركها اربعة اشهر
بانت بتطليقه وينبغي ان يصير موليا على قول كل من قدمنا عنه انعقاد الايلا اذا حلف على اقل من اربعة
اشهر بن ابي ليلى وغيره وكذا اذا قال والله لا اقربك الا في المحرم وهو في شوال او حتى تنطحي ولدك والى
من النظام اقل من اربعة اشهر والوجه المذكور للجمهور بنا على ما تقدم هنالك من ان المولى من لا يمكنه القربان
في الاربعة الاشهر الا بشيء يلزمه وليس فليس وقد بحثنا هنالك ان هذا فرع كون اقل مدة ينعقد الايلا
بالحلف عليها اربعة اشهر وبالضرورة انهم لا يلتزمون ذلك الا ان يجعل هذا اصلا مهما في مذهب المانعين
بعد ثبوت عدم انعقاده لاقل من اربعة اشهر بدليله من اقوال الصحابة فتقابل به الاحكام المذهبية
لا عند قصد الاثبات على المخالف ثم اورد على هذا الاصل ما لو قال والله لا اقربك لسنة فانه مولٍ
فاذا تركهن في المدة طلقن ولو قرب ثلاثا مهن لا يلزمه شيء فثبت ان امكان القربان بغيرهن لا يمنع
صحة الايلا اجيب عما حاصله ان الايلا متعلق بمنع الحق في المدة وقد وجد في هذه المسئلة فيكون موليا
مهن وعدم لزوم شيء بعدم الحنث لان الحنث بفعل المحلوف عليه وذلك بقربانهن والموجود قربان
بعضهن وحاصل هذا تخصيص المراد الاصل بما اذا حلف على واحدة بادني تامل ولو حلف على اخرى
بان يقول ان قربتك فعلي حج او عمرة او صدقة او صيام او هدي او اعتكاف او يمين او كفارة يمين او فانت
طالق او هذه لزوجة اخرى او عبدي حر او فعلي عتق لعبد مبهم مهموم اما لو قال فعلي صوم
هذا الشهر مثلا فليس بمول لانه يمكنه ترك القربان الى ان يمضي ذلك ثم يطأها لا شيء يلزمه بخلاف
قوله فعلي صوم يوم ولو قال فعلي اتباع جنازة او سجدة تلاوة او قراءة القرآن او الصلاة في بيت المقدس
او تسبيحه فليس بمول ونقل في الصلاة خلاف محمد فعنده يكون موليا لانها مما يلزم بالنذر وقد لمر له
الباب مما يجاب به عنه وجب صحة الايلا فيها لو قال فعلي مائة ركعة ونحو ما يشق عادة وكذا
خلافه ثابت في مسئلة القرد المذكور اول الباب فان قلت ينبغي في الصلاة في بيت المقدس
ان لا يكون موليا اتفاقا لما فيه من مشقة السفر لحج فلنا نعم لو لزم من نذر الصلاة في بيت المقدس
ان لا يستوط الا بالصلاة فيه لكن المذهب ان له ان يصليها في غيره ويسقط النذر به على ما عرف ولو
قال فعلي ان اتصدق على هذا المسكين بهذا الدرهم او على قبة في المساكين لا يصح الا ان ينوي التصدق به
ولو قال فكل مملوك اشتريه فيما يستقبل حر صار موليا عندهما خلافا لابي يوسف وهو رواية عنهما
وكذا لو قال فكل امراة اتزوجها فهي طالق يصير موليا عندهما خلافا لابي يوسف ولو قال كل امراة اتزوجها
من اهل الاسلام لا يصير موليا وعلى هذا لو قال لا اقربك حتى اعتق عبدي او حتى اطلق فلانة او حتى
اطلقك يصير موليا عندهما خلافا لمحمد لانه يمكنه القربان بلا شيء بان لا يشتري عبدا او لا يتزوج وتقدم
الغاية فلنا فلم يكنه الا بضرر لازم اذ اللزوم لاجل قربانها كما للزوم به واعلم ان الاصل انه متى
جعل لليمين غاية لا توجد في المدة كقوله والله لا اقربك حتى تطلع الشمس من مغربها او حتى يخرج
يأجوج ومأجوج او ينزل عيسى عليه الصلاة والسلام او حتى يخرج الدجال او الدابة فهو مول استحسانا
بنا على الظهار وان احتمل القرب وقت التكلم به وكذا اذا كانت الغاية لا تتصور مع بقاء النكاح كقوله

حتى اموت او تموتي او اقتلك او تقتليني او ابينك وان كانت توجد في المدة لكنها تصلح حدا لليمين حتى تعتق
عبدي او اطلق فلانة كان موليا عندهما خلافا لابي يوسف وقد عرفت الوجه وفيه خلاف ابي يوسف
ايضا في ثبوت الايلا بالحلف بعتق عبده المعين فان ضمير فيه لعتق عبده وهو المعين لا المبهم وان تعليله كما تم
فيه البيع موهوم اي فهو غير موجود وله بنفسه لتوقفه على عين من المشترين وقد لا يجب مستمرا
في المدة فتمضي قبل وجوده بخلاف الاخراج من الكوفة لانه موجود له وهو وان توقف على امتثالها ايضا
لكن امتثالها واجب والواجب طريق الوجود بخلاف امتثال المشتري وان كان موهوما فلا يمنع للتأبيدة
الكائنة في الجزاء وهو عتق العبد بالقربان ولو باع هذا العبد بشرط الايلا انه صار بحال يمكنه قربانها
بغير شيء ولو ملكه بسبب شرعي او غيره عاد الايلا من وقت الملك ان لم يكن وطيء قبله فان كان وطيء قبله
فجدد الملك لم يعد لسقوط اليمين ولو مات العبد قبل البيع سقط الايلا لعذرته على الوطيء بغير شيء
وعلى هذا التفصيل موت المراة المعلق طلاقها او ابانتها ثم تزوجها وان الى من المطلقة الرجعية
كان موليا باتفاق الائمة الاربعة خلافا له من الملابسة وان كانت من ذوات الاقراء فلاحتمال امتداد طهرها
وان كانت تعتد بالاشهر الثلاثة فلاحتمال رجعتها فينعقد الايلا ممتدا الى ما بعد الرجعة فان لم يطأها حتى
مضى شهر امن الرجعة بانت وهو مشكل على قول من يرى ذوال الزوجية بالطلقة الرجعية وهو منة الوطيء
كالبائنة وعلى قولنا من حيث انها لا حق لها في الجماع فلا يكون بالمنع ظالما والجواب ان العبرة في المنصوص
عليه لعين النص لا معنا النص والمطلقة الرجعية من نسائنا بالنص وهو قوله تعالى وبعولتهن احق بردهن
والبعل الزوج حقيقة على ما اسلفناه في اوائل الرجعة فكانت من نسائه فيشملها نص الايلا الا ترى
انه ينبت الايلا وان اسقط حقها في الجماع بخوف الحبل على ولد او غيره فعلم ان التعليل بالظلم ابتناء
بنا الاحكام على الغالب بخلاف البائن لانتفاء اسم الزوج حقيقة فينتفي كونها من نسائنا وقبل الفاء يكون
موليا من البائنة لان الايلا تعليق طلاق بائن على مضي المدة بالقربان والمطلقة البائنة لا لحقها طلاق
بائن بمنجز او معلق يعني اذا كان التعليق بعد الابانة لما قدمنا من انه اذا كان قبلها فوجد الشرط في عدتها
من البائن يلحق وهذا الحصر تقتضي انه لو لاهذا صح الايلا منها وليس كذلك لعدم الزوجية ونسائنا والحق
ان مبنى عدم لحوق البائنة هو مبنى عدم الايلا منها وهو عدم الزوجية فالاسناد اليه اولى ثم لا يخفى
ان تخلف العلة في محل واحد نقضا على المانع فالحق ان الظلم حكمه وتعلل الايلا هو العلة فلا يلزم وجوده
دايما لان هذا الكلام في مخرجه وقع بالحال لعدم المحلية وهي كونها من نسائنا في الايلا والظهار
قال تعالى والذين يولون من نسايهم وقال تعالى والذين يظهرون من نسايهم فلا بد من كونهما
محلا وقت التكلم بالايلا والظهار وقت وجود شرطهما لما عرف في باب الايمان بالطلاق ان
الاضافة لسبب الملك صحيحة وكذا في الايلا والظهار فاذا قال ان تزوجتك فوالله لا اقربك وقع
صحيحا وكذا ان تزوجتك فانت علي كظهر امي الا انه لا ينعقد الايلا والظهار الا عقيب التزوج بها لانها
اذ ذاك تصير محلا لا قبله وان الظهار لما كان تشبيه المحللة بالمحرمة استدعى انعقاده قيام محل وطيها
اذ اليمين منعقد بعقده اي في حق الوطيء لان انعقاد اليمين يعتمد المقدور حسا او شرعا
الا ترى انها تنعقد على ما هو معصية كمدة العدة اي في الطلاق الرجعي فينتصف بالرق
لانه من حقوق النكاح بالرق وعند مالك والشافعي رحمهما الله تستوي مدة الايلا الحر والامة والعبد
على مدة العدة بجامع كونها تربص هو اجل للميسونة كالعدة مدفوع فان الميسونة لا تحصل عند الشافعي
بانقضاء المدة وايضا تربص العدة للخطر وتعرف الفراغ وهو المؤثر وهو منتف في تربص الايلا
فالاوجه الاستواء لعموم نص الايلا ان الامة من نسائنا وان ضربها ايلاء لعذر الزوج ورفع الضرر عليها
عادته تعالى من عدم المعاجلة بالعقوبة فاجزت عقوبته الدنيوية نظيره في انتضاء اربعة اشهر
وهذا المعنى لا يختلف في الحرة والامة وان كان المولى مريضا لا يقدر على الجماع فرق بين كون العذر

المرض او الحبس كما انه يجب عليه الجماع فلا فرق بين كونه المانع مرضا او الرتق او العزل ومن الناس من منع ايلاء المجبوب
ومن الرتقاء والقرنا لانه لا يجب عليه الجماع فلا يلزم وجوابه ما قلنا في المطلقة الرجعية وان هذا تعليل في
ابطال حكم النص وذلك باطل في جوامع الفقه لو عجز عن جماعها لرتقها او قرنها او صغرها او بجب او العنة
او كان اسيرا في دار الحرب او لكونها ممتنعة او كانت في مكان لا يعرفه وهي في مثر او بينهما اربعة اشهر او اكثر
الثاني بينهما اشهر وقوع الطلاق الثلاث فيثبت الايلا او رضيت عائلة او راجعها او انجمها
او ابطلت ايلاءها او اخلف في الحبس صح الفيء باللسان بسببه في البدايع وفي شرح الطحاوي لو الي وهي
مجنونة او هو محبوس او كان بينهما اقل من اربعة اشهر الا ان السلطان يمنعه او العدو ولا يكون فيئه باللسان
وهو جواب الرواية بقي عليه الحالف في الكافي ووقف محمد في الكافي وشرح الطحاوي على امكان الوصول اليها
السجن بان تدخل عليه فيجامعها ومنع السلطان والعدو نادر على شرف الزوال والحبس بحق لا يعتبر
في الفيء باللسان وظلم يعتبر وهل يكفي الرضى بالقلب من المريض قيل نعم حتى ان مد فتنه كان فيئا وقيل لا وهو
اوجه ثم هذا ان كان عاجزا من وقت الايلاء الى ان مضى اربعة اشهر حتى لو الى هذا وهو قادر فمكث قدر ما يمكنه
جماعها ثم عرض له العجز بمرض او بعد مسافة او حبس او جب او اسر ونحو ذلك او كان عاجزا من الى وزال
العجز في المدة لم يصح فيه باللسان خلافا لزفر في غير الاخيرة قال العجز ثابت وهو الذي ذكرنا لما لم يمكن وصله
بفعل وقد تحقق منه الاضرار فلا يكون فيئة الا بايتانها حقا بالجماع بخلاف ما اذا استوعب العجز المدة لانه
لم يكن لها حق فيها فكان طلبه في الايلاء باذى اللسان فقبله اللذي هو توبته بتطييب قلبها به لان التوبة على
حسب الجناية ولو الى ايلاء مؤبد او هو مريض وبانت ببعض المدة ثم صح وتزوجها وهو مريض فقال بلسانه لم يصح
عند ابي حنيفة ومحمد وصح عند ابي يوسف وهو الاصح على ما قالوا لان الايلاء وجد منه وهو مريض وعاد حكمه
وهو مريض وفي زمان الصحة هي مبانة احتراز لها في الوطي فلا يعود حكم الايلاء فيه وهذا يقرر ان ذلك بتقصير منه
فانه كان يمكنه الفيء بالمسافة قبل مضي المدة وانبتين ولو كان المانع شرعيا بان كان محرما والى وقت احرامه
الحج اربعة اشهر فصاعدا الفيء بالجماع وعند زفر باللسان وهو رواية عن ابي يوسف لان الاحرام مانع من
الجماع شرعا فتثبت العجز فكان فيئة باللسان وهم اعتبروا العجز لكفيء وهو منتف وهذا لانه المتسبب
باختياره بطريق محظور فما لزمه فلا يستحق تخفيفا وقال الشافعي لا فيء الا بالجماع والمذهب
الطحاوي لانه لو كان فيئا لكان حنثا وضعف هذا يخفى على من له ادنى فقه لانه حلف على الجماع فكان بحنث
بفعل غيره فان اراد بقوله لو كان فيئا لكان حنثا ان الفيء لا يكون الا بالجماع فلو كان فيئا لكان الجماع فكان
حنثا لزم صريح العادرة والنص وهو قوله فان فاؤا لا يوجب تعين كون الفيء بالجماع فان معناه وان رجعوا
عن عزمهم ذلك على الظلم وذلك يحصل بارضائها بالجماع وبارضائها بالقول ووعد الجماع عند عجزه
وهي متامة لعجزه ذلك فلا يتم ما قاله والحق ان مذهب الشافعي ومالك واحمد كقولنا ولو وطئها بعد الفيء
باللسان في مدة الايلاء لزمه كفارة لتحقق الحنث كان يمينه باقية في حق الحنث وان بطلت في حق
الطلاق وصار فيه بالجماع حتى لو لم يجامع حتى تمت المدة وقع الطلاق وهذا كما ان المقصود عدم
وقوع الطلاق عند تمام المدة وهذا فرع على الاصل وهو الجماع قبل حصول المقصود
من البدل فيبطل حكم الحلف كالمتيمم اذا رأى الما سئل عن بيته هذا هو المذكور في كتب محمد
رحمه الله وهو جواب الرواية لان بيان المجمل على المجمل وهو ظاهر الرواية وهو قول ابي بكر وعمر وابن مسعود
وعايشة والحسن البصري وعطاء وطاوس وابن المسيب وسعيد ابن جبير وغيرهم وعن علي وزيد ابن ثابت
وابن عمر وابن ابي ليلى ومالك ان الحرام ثلاثة الا ان مالكا قال ينوي في غير المدخولة ويروى عن علي ان ليس
عنه التوقف وفيه نحو احد عشر مذهبا غير ما ذكرنا لانه نوى حقيقة كلامه اذ حقيقته وصفها
بالحرمة وهي موصوفة بالحل فكان كذبا ومن هذا قال مسروق والشعبي في المخدرة انه كتحريم قصعة من ثريد
ليس بشيء واورد لو كان حقيقة كلامه لا تصرف اليه ملا نية لكنكم تقولون عند عدم النية يتصرف الى اليمين

والجواب ان هذه حقيقته اولى لان الثابت بالنية واليمين لحقيقته الثابتة بواسطة الاشتراك وقيل لا يصدق
في القضاء وقاله شمس الائمة السرخسي بل فيما بينه وبين الله تعالى لانه من ظاهر لان تحريم الحلال يمين
بالنص وهو قوله يا ايها النبي لم تحرم ما احل الله لك الى ان قال قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم ولا يصدق في القضاء
في بينه خلاف الظاهر وهذا هو الصواب على ما عليه العمل والفتوى كما سنذكره والاول قول الحلواني
وهو ظاهر الرواية لكن الفتوى على المحرف الحادث لانه ان نوى الثلاث وقع بنية الثنتين
لانه في الامة خلافا لزفر والزهري ومر في الكنايات والتفصيل فيه بين كون الحالة حالة مذاكرة الطلاق
او لا او لو طلق امراته طلقة ثم قال انت علي حرام ونوى ثنتين لم يقع شيء ولو نوى الثلاث وقعت ثنتان
فكملت الثلاث وان قال اردت الظهار فهو ظهار وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف لما ذكره
الغدوري وليس مذكورا في ظاهر الرواية ولذا لم يذكره الحاكم الشهيد في مختصره والطحاوي وهو ما نقله
شمس الائمة عنهما من النوادر خلافا لمحمد وجه ان الظهار لتشبيه المحللة بالحرمة وهو منتف وفي
جوامع الفقه نقله عن محمد انه ظهار اذا نوى الظهار على ما عرف النقل عنه ولما انه اطلق الحرمة
لما ان حاصله ان الحرمة اعم من الحرمة التي هي ظهار اولا والاعم يحتمل الخصوصيات فنية الظهار نية محتمل
كلامه بائنة طلاق ظاهر فيصدق قضاء واذا قال اردت التحريم او لم اردت شيئا فهو يمين
يصير به موليا وفي المحيط انه خلاف قول محمد حيث قال ان نوى اليمين او لم ينو شيئا كان يمينا ويتوقف
في الطعام والشراب ولا تدخل امراته الا بالنية هكذا قال محمد وعن شيخ بلخ تدخل امراته بلا نية فتبين
وصحح في هذا الزمان وسئل نجم الدين عن امراة قالت لزوجها حلال الله عليك حرام فقال نعم تحرم هذه المراة
على زوجها قال نعم وكذا اهل المسلمين ثم على قول محمد لو اراد اذا نوى امراته حتى دخلت لا تحنث في الطعام
والشراب من اليمين فيحتاج الى ذلك وجدنا ذلك شيئا من الطعام والشراب حنث وانتفى حكم يمينه
حتى لو تزوجت امراته بعد ذلك لا تحنث ولا فرق بين ان ينتاول قليلا او كثيرا خلافا لما اذا حلف لا ياكل
هذا الطعام وهو مما يستوفيه واحد لا يحنث ما لم يستوفوا جميعه وكذا الايدخل اللباس لا بالنية واذا دخل
لا يحنث في الطعام والشراب ولو نوى الطعام والشراب فنوى كانوي وقوله في الطلاق في نسائه واليمين
في نعم الرجال فهو طلاق وبين ومن المشايخ من اخذ بالظاهر من العرف في ذلك حتى لو قال
لامراته ان تزوجتك فحلال الله علي حرام فتزوجها تطلق ولهذا لا يحلف به الا الرجال ولو قالت هي انا عليك
حرام كان عينا وان لم تنو فلو مكنته حنثت مضارة كما اذا نافاه بطلاقها غيرنا وتطلق للصراحة والعرف
هو الموجب لثبوت احكامه وعن هذا قالوا لو نوى غير الطلاق لا يصدق في القضاء بل فيما بينه وبين الله
تعالى كحال الامساك ظهير الدين المرغيناني لا اصول لما اشترط النية لان يجعلنا واياه فارقا وافرق
بين قوله انت علي حرام او حرمتك علي او لم ينتل علي او انت محرمة علي او لم تقل علي او انا عليك
حرام او محرم او حرمت نفسي عليك ويشترط قوله عليك في تحريم نفسه فلو لم يقله لا تطلق
وان نوى الطلاق خلافا لمن نفسه وقوله انت علي في الحرام بمنزلة قوله انت علي حرام وفي الخانية
لو قال لامراته انت علي حرام او حلال الله علي حرام فهذا على ثلاثة اوجه اما ان كان له امراة
او اربع او لم يكن له امراة ان كان له واحدة فقد ذكرنا وان كان له اربع طلقت كل واحدة
تطلقة وان لم يكن له امراة لزمه كفارة يمين وعليه فتوى الاوزجندي والامام مسعود الكشاني
يقع واحدة وعليه البيان قال في الذخيرة والخلاصة هو الاشبه وعندي ان الاشبه ما في الخانية
لان نزول حلال الله او حلال المسلمين يعم كل زوجة فاذا كان فيه عرف في الطلاق يكون بمنزلة قوله
هو طالق لان حلال الله تشملهن على سبيل الاستغراق لا على سبيل البدل كما في قوله احداكن طالق
وحيث وقع الطلاق بهذا اللفظ وقع بيانا ولو قال ان فعلت كذا فحلال الله علي حرام ثم قال لامراته
ان فعلت كذا فحلال الله علي حرام تفعل احداهما حتى وقع طلاق بائن ثم فعل الاخرى قال الامام ظهير الدين

ينبغي ان يقع لما لو قال معلقا دون الاول **فروع** يتعلق بالايلا لو قال لا اقربتك ما دمت اراني
ما بانها لم تزوجها لم يصر موليا ويقربها بلا حنث ولو قال ان قربتك فعلي ان اتحدر لدي صح الايلا خلافا
لزفر بنا على انه يلزم بتزوج الولد ذبح شاة عندهم ولا يلزم فيه شئ عند زفر ومالك يوجب فيه
حجر جزر وروي عن ابي يوسف مثل قول زفر وهو قول الشافعي وهو الاوجه لانه نذر معصية ولو جن
للزوج وطيها الحلت وسقط الايلاء ولو قال لنسائه الاربع والله لا اقربكن يكون موليا من كلهن حتى لو
مضت اربعة اشهر من حينها وقال زفر لا يكون موليا ما لم يطأ ثلاثا منهن لان الحنث انما يقع اذا وطئ الكل
فقربان الثلاث بكسه بغير حنث فلا يكون موليا منهن بل من الرابعة فكانه قال ان قربت ثلاثا منكن
فوالله لا اقرب الرابعة قلنا قصد الاضرار بمن كلهن فيكون موليا عليهن فلما لم يوجد وطئ جميعهن
لا تحقق الحنث واذا وجد بعضها فما حنث الا بوطئ كلهن لا بوطئ الرابعة فقط بخلاف ما قاس عليه لانه يمين
معلقة لا تنعقد ما لم يوجد شرطها ولو قال لهن والله لا اقرب احدا كن جعلناه موليا من واحدة وقال زفر
مولي من الاربع حتى لو مضت اربعة اشهر ولم يقرب احدا لهن بانت واحدة وعلى الزوج ان يعينها وعند
من كلهن لان قوله احداكن وواحدة منكن سواء ولو قال لا اقرب واحدة منكن يصير موليا منهن جميعا
كذا هذا قلنا احداكن لا يعم لانه معرفه وكذا لا يصح ان تقال لكل احد هن على درهم واحدا واحدة منكن
فكرة منفية فتعم ولذا صح لكل واحدة على درهم ولو قال لزوجته والله لا اقرب احدا كل مضت المدة
بانت واحدة والبه البيان ولو بين قبل المدة لا يصح كما لو علق الطلاق احدا هن بمجئ الغد وبين قبل الغد
واذا بين بعد المدة وقعت المبانة ثم مضت اربعة اشهر اخرى فعند ابي يوسف لا تبين الاخرى
وكذا اذا لم يبين وقالا يبين بالايمان بانية حالا لحنث ولما زالت مزاحمة الاولى بالبيان تعينت الاخرى
للايلاء كما لو ماتت احداهما وله انه الى من احداهما لانهما واحدى هنا ليست نكرة حتى تعم لانها مضافة
وتعينت فلا تبين الاخرى وفي المحيط لو قال ان قربتكن فعلي حرام يكون موليا من كل واحدة منهن وحنث
بوطئها ولو قال والله لا اقربكن الا بحنث الا بوطئها والفرق ان هناك حرمة اسم الله تعالى لا تحقق الا بوطئها
وفي قوله انت علي حرام صار ايلاء باعتبار معنى التحريم وهو موجود في كل منهن ولو الى ثم ارتد ثم اسلم ثم
تزوجها يكون موليا عند ابي حنيفة وروى ابو يوسف عنه انه يبطل ايلاؤه واذا اختلفا في البين مع بقاء
المدة فالقول له لانه يملك البين وبعد مضي المدة فالقول لها لانه ادعى البين في حالة لا يملكه فيا والله الموفق

باب الخلع هو لغة النزع خلع ثوبه ونعله ومنه خالعت المراة زوجها اذا افتدت
منه بمال وظاهرا وتخالعا ميز فيها المفاعلة لملاحظة المقابلة بالاخذ كالثوب قال تعالى هن لباس
لكم وانتم لباس لهن وفي الشرع اخذ المال لازاء ملك النكاح والاول قول بعضهم ازالة ملك النكاح بلفظ
الخلع لغة او جنسه مع المفهوم اللغوي والفرق بخصوص المتعلق والقيد الزايد وقول بعضهم ازالة ملك
النكاح يبدل ولا بد من زيادة قولنا بلفظ الخلع فيه وبدله فيما يليه فالصحيح ازالة ملك النكاح ببدل
بلفظ الخلع فان الطلاق على مال ليس هو الخلع بل في حكمه من وقوع البينونة مطلقا والاجزي فيه
الطلاق في انه فسخ وفي سقوط المهر لو كان المال المسمى عينا وهو منتف ولو قيل انه بالمفهوم الشرعي
مما مدلول المفهوم اللغوي لان النزع مطلقا اعم من كون متعلقه امرا حسيا او معنويا كقيد النكاح بملابسة
شيء او لم يبعد وبيانه في ذلك النقل كما غلط من جعل اصول الفقه غير متقول لاندراج حقيقته في مطلق
مسمى الاصول لغة لان تخصيص الاسم بالاخص بعد كونه للاعم الصادق عليه وعلى غيره نقل بلا شك وشرط
الطلاق وحكمه وقوع الطلاق البائن عندنا وصفته انه مبين من جانب الزوج معاوضة من جانبها
فتراعى احكام اليمين من جانبه واحكام المعاوضة من جانبها عند ابي حنيفة وعندهما هو يمين من الجانبين
وستاتي تمام الخلاف **قوله** اذا تشاق الزوجان اي تخاصما وخافا اي على كقوله ولا بد في نحو الفلاة
الخلاف اذا امنت ان لا اذوقها اي اعلم وحدود الله تعالى ما عهد ده من الواجب التي امر الا تتجاوز وهذا الشرط

خرج مخرج الشرط الغالب اذ الباعث على الاختلاع غالبا ذلك لانه شرط معتبر المفهوم وهو مشاقتهما
كذا قيل وقد يقال جواب المسئلة في كلام القدوري الاباحة فانه قال فلا بأس ان تفتدي نفسها منه
بمالها واباحة الاخذ مما شرط بشئ فهو معتبر بشرطه في ذلك **قوله** فاذا فعلا ذلك وقع بالخلع
تطليقة بائنة دلزما الحال هذا حكم الخلع مذهبا هب الائمة من السلف والخلف وذهب المزني الى ان
الخلع غير مشروع اصلا وقيدت الظاهرية صحته بما اذا كرهته وخاف الابوقيا حقها او الا توفيه وصحته
اذا كرهها هو وقال قوم لا يجوز الا باذن السلطان وروي عن ابن سيرين وسعيد بن جبير والحسن
وقالت الحنابلة لم يقع بالخلع طلاق بل هو فسخ بشرط عدم نية الطلاق لا يتقص عدد الطلاق وقال
اخرون يقع ويكون رجعيا فاذا راجعها رد البدل الذي اخذه رواه عبد الرزاق عن معمر عن قتادة
عن سعيد ابن المسيب قال فكان الزهري يقول ذلك وجه قول المزني ان قوله تعالى فلا جناح عليهما
فيما افتدت به فسخ حكما يقول تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان زوج وايتم احداهن قنطارا
فلا تاخذوا منه شيا جيب بانه متفق على العلم بتاخره عنه وعدم امكان الجمع والاول منتف وكذا
الثاني لان هذا النهي متعلق بما اذا اراد الزوج استبدال غيرها مكانها والاية الاخرى مطلقة فكيف تكون
هذه ناسخة لها مطلقا نعم لو اراد بالنسخ تقدم حكم على الطلقة في تلك الصورة اعني صورة ارادة الزوج
الاستبدال بامر غير نشوز منها كان حسنا وحاصله انه يجب تقديم هذا الخاص على العام وهو حينئذ وجه مذهب
الظاهرية فان قيل الجواب مبني على الحلاف في تقديم الخاص مطلقا فالجواب لا يصح لان هذا الموضع مما يجب فيه
تقديم الخاص عندنا لانا اذا قلنا بتعارضهما كان الحكم الثابت حينئذ وجوب الترجيح ان امكن والترجيح
ثبت للمحرم على المبيح لان فيه الاحتياط وهو هنا في تقديم الخاص فيجب ان يقدم هذا الخاص هنا بحكم المعارضة
لا بحكم التخصيص وكل موضع قدمنا فيه العام على الخاص عندنا تعارضهما في ذلك الفرد كان لثبوت الاحتياط
بسبب كون حكم العام منعا والخاص يخرج منه بعض الافراد كما في لا صلاة بعد الفجر والعصر مع قوله صلى الله
عليه وسلم لا تمنعوا احدا طاف بهذا البيت وصلى اية ساعة شاء من ليل او نهار واجابا بقوله صلى الله عليه وسلم
فيما سقت السما العشر مع قوله ليس فيما دون خمسة اوسق صدقة والا فتنفس كونه عاما لا يقتضي التقدير
لعين مقدوره بل لما يشتمل عليه من الاحتياط بل الجواب القول بوجبا وهو عدم حل الاخذ اذا كان النشوز
من قبله وهو ما ذكره المصنف بقوله كره له ان ياخذ يعني كراهة التحريم المقتضيه سببا للعقاب
وان قال الامام المحبوبي في جوابهم تاويل الاية في الحل والحرمة لا في منع وجوب المال وتملكه لان
الحرمة لا تثبت مع معارضة موجبا فان المعارضة تنفي القطعية لتطرق احتمال نسخها بالمعارض لكنه
اراد ما ذكرنا وسيأتي ما هو لحق فيه ان شاء الله تعالى وجه قول الحنابلة وهو قول الشافعي القديم
ما روي عن طاوس عن ابن عباس الخلع فرقة وليست بطلاق رواه الدارقطني وعنه وروى عبد الرزاق
عنه لو طلق رجل امراته تطليقتين ثم اختلعت منه حل له ان يتزوجها ذكر الله الطلاق في اول الاية
وفي اخرها والخلع بينهما قالوا وروى ابو داود باسناد صحيح عن موسى بن عمر ابن ابي سعود بن عمر ابن اخت
من زوجها عبد عثمان بن عفان لعمر ابن عثمان فقال ان ابنة سعود اختلعت من زوجها اليوم افتنقل
فقال عثمان لتنتقل ولا ميراث بينهما ولا عدة عليها الا انها تنتظر حتى تحيض حيضة حتشية ان تكون بها
حبل فقال ابن عمر عثمان خبرنا واعلمنا فهو لاء اربعة من الصحابة فان ربيعا وعمر اصحابيان فما الوا بذلك
ويستدل عليه ايضا بالاية قال تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان الى ان
قال فلا جناح عليهما فيما افتدت به ثم قال فان طلقها يعني الثالثة المفاد شرعيتها بقوله او تسريح
باحسان فلا حاجة الى ما اشتغاه من التكلف من فصل فيما يحل به المطلقة فيكون الافتداء غير طلاق والا كان
الطلاق اربعا والثاني منتف وايضا فان النكاح عقد يقبل الفسخ وقد تحقق فسخه بخيار البلوغ والعتق
وعدم الكفاءة فلا مانع من كونه كذلك في الافتداء قلنا اما هن الاخير فحاصله انه وجه مجوز لكونه فسخا

لا يوجب كون الواقع في الواقع احدا لجابر بن بعينه وهو انه فسخ او طلاق ثلاثين واما الاية فالنظر
الى نفس التركيب بعيد بعد غاية التنزل ان الاقتداء فرقة ليس بغير فان حاصل الثابت به كونه تعالى
بعد ما افاد شرعية الثلاث او بين ذلك بنص على حكم اخر هو جواز دفعها البدل تخلصا من قيد النكاح
واخذه منها من غير تعرض لكونه غير طلاق او طلاقا هو الثالثة او لا فتعين اخذها من خارج البته وهذا
وجه من قوله بين الثالثة بعوض وبغيره لانه لا يحتاج الجواب اليه كما سمعت ولانه يقتضي الا يشرع الخلع
الا بعد تبيين ما انا نص على شرعية الثلاث وبين حكما اخر هو جواز الاقتداء عن ملك النكاح من غير زيادة
على ذلك واما ما ذكره عن عثمان فبتقدير ثبوته ليس فيه سوى انه قال لا عدة عليها ولا تنكح حتى تحيض
حيضة واصل هذا ما روي من حديث ابن عباس ان امراة ثابت بن قيس اختلعت منه فامرها النبي صلى الله
عليه وسلم ان تعتد بحيضة فسمي الحيضة عدة رواه ابو داود والترمذي والحاكم وصححه ثم رايناه صلى
الله عليه وسلم حكم في خلع امراة ثابت ابن قيس بانها طلقة على ما في البخاري انه قال له اقبل الحديقة وطلقها
تطليقة فقول عثمان لا عدة عليها يعني العدة المعهودة للمطلقات وللشارع ولاية الايجاد والاعدام فهذا
يفيد كل بتقدير صحته عدم التلازم بين عدم العدة وكونه فسخا على ان الذي نعرفه من حديث عثمان هذا
هو ما رواه مالك عن نافع ان ربيع بنت معوذ جات هي وعما لها عبد الله بن عمر فاخبرته انها اختلعت
من زوجها فذهب زمان عثمان فبلغ ذلك عثمان فلم ينكره فقال بن عمر عدتها او عدتك عدة المطلقة وقال بلغنا
عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وبن شهاب انهم كانوا يقولون عدة المختلعة ثلاثة قروء فقولهم
انه قول اربعة من الصحابة ممنوع لانه ليس كل من اتصف باسم الصحابي يتبع اقضيته النبي صلى الله عليه وسلم وفي
الاحكام وعلم المتاخرين والمتقدم وصار اهلا للاجتهاد بل يقلد بعضهم من اتصف بذلك وظاهر حال ربيع
وعما ذلك فانهما استفتيا عثمان فقال ما قال فامتثلاه فليس في العين الاقول صحابيين ان المقصود العمل
الاجتهادي وهذا لو ثبت التلازم بين نفي العدة وكونه فسخا وهو ممنوع بما روي عن عثمان ما يخالف ذلك
فلم يبق الا قول ابن عباس وذلك ما روى مالك عن ام بكر الاسلمية انها اختلعت من زوجها فارتفعا الى
عثمان فاجاز ذلك وقال هي طلقة بائنة الا ان تكوني سميت شيا فهو على ما سميت ولا نعرف فيه الا ان جهان
لم يعرفه الامام احمد وزاد الحديث لذلك وهو عمرا ابو العلى او ابو يعلى بول الاسلميين وقال ابو
يعقوب البلخي بعد في اهل المدينة تابعي روى عن سعيد بن المسيب وقاص وعثمان ابن عثمان وابي هريرة
وام بكر الاسلمية وروى عنه عروة بن الزبير وموسى ابن عبيدة الزبيدي وغيرهما وقال ابن حبان
في الثقات هو مدني حبر على ابن المديني فقهي اتبعه عباس بن عمران روى له ابن ماجة حديثا واحدا في
الصوم عن ابيه هريرة لكل شئ زكاة وزكاة الجسد الصوم والصوم نصف الصبر فهذا صرح اصحابنا
بقبول مذهبا عن عثمان وبن مسعود وعلي رضي الله عنه ثم يعارضه قول غيرهم بل والمروي عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم اسند ابن ابي شيبة حدثنا عن بن هشام عن ابن ابي ليلى عن طلحة ابن مصرف عن ابراهيم
النخعي عن علقمة عن ابن مسعود قال لا يكون طلقه بائنة الا في فدية او ايلاء وروي عن علي ايضا وتقدم
ما رويناه عن عثمان وقال عبد الرزاق حدثنا ابن جريج عن عمرو او ابن ابي عاصم عن سعيد ابن المسيب
ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل الخلع تطليقة مراسيل سعيد لها حكم الوصل الصحيح لانه من كبار التابعين وكبار
التابعين قل ان يرسلوا عن سعد الا عن صحابي وان اتفق غيره نادرا فعن ثقة هكذا
تتبعت مراسيله وبه تقوى طرق حجة ما رواه المصنف عنه صلى الله عليه وسلم انه الخلع تطليقة بائنة وكذا ما
اخرجه الدارقطني وسكت عليه وبن عدي واعله بعباد ابن كثير الثقفي من ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل
الخلع تطليقة بائنة وان كان لا يصح على طريق اهل اللسان لان الحكم بالضعف انما هو ظاهر مع احتمال الصحة
في نفس الامر فجاز ان يقوم دليل الصحة في نفس الامر مع الضعف في الظاهر وها هنا نظر على اصولنا انه بين
عباس رضي الله عنهما روى حديث امراة ثابت بن قيس على ما في البخاري عن ابن عباس ان امراة ثابت بن قيس

اتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ثابت ابن قيس لا عيب عليه ولا خلق ولكني اكره الكفر في الاسلام
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اترديين عليه حديقته قالت نعم قال صلى الله عليه وسلم اقبل الحديقة وطلقها
ثم انه ابن عباس قال بانه فسخ وعمل الراوي عندنا بخلاف روايته بنزل منزلة روايته للناسخ اللهم
الا ان تثبت رجوعه كما قالوا والله اعلم به والجواب ان تبين طلقها امتثالا لامره صلى الله عليه وسلم
لا بتبين من محل النزاع وهو الخلع بل بصير طلاقا على ما قبول بن عباس بعد ذلك الخلع فسخ فلا يبقى مسئلة اخرى
فحينئذ ما بالي من تسمية الراوي له خلعا حيث قال وكان اول خلع في الاسلام يعني اول طلاق بات
لان الظاهر ان المخاطب بقوله صلى الله عليه وسلم طلقها امتثال قوله صلى الله عليه وسلم وطلق وكثيرا ما يطلق الخلع
على الطلاق بمال وعلى كل حال فالاظهر من قول الصحابة ما قلناه مع ما فيه من المرفوع الصريح الذي لا يتاوه
العقل التقديري ولو تركنا الكل يتعارض ورجحنا بالنظر في المعنى افاد ما قلنا ذلك ما ذكره المصنف
رحمه الله بقوله ولانه ابى الخلع من الكنايات حتى لو قال خلعتك ينوي الطلاق وقع الطلاق البائن عندنا
لان حقيقة الخلع لا يتحقق الا به وقد قدمنا في الكنايات انها عوامل بحقايقها والنكاح قائم بالرجعي
فلم يخالع ثم لم يخرج عن ذلك الا بذكر المال وذلك لا ينتفي خروجه عن حاله ذلك وايضا هذه فرقة بعد تام
النكاح والاصل فيه كونها طلاقا لانه هو المعهود والحمل على ما عهد واجب حتى يدل على خلافه دليل ولم يثبت
كما ارينك والفرقة بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة قبل تمامه لان النكاح فيه خيار اذا بلغت وعتقت
وخيار الرؤية فكان ذلك امتناعا عن اتمامه معنى وايضا ملك النكاح ضروري لانه وارد على الحرة فتتقيد
بقدر الضرورة وهو استيفاء منافع البضع فينتفي هذا الملك في حق الفسخ **قوله** الا ان ذكر المال
استدراك ما يتوهم لزومه على قوله انه كناية من افتقاره الى النية ومقتضاه انه اذا انكر ما يصدق
قضاء وليس كذلك فالوا لا يصدق في لفظ الخلع والطلاق والمباراة والبيع في عدم النية عند ذكر المال بان يقول
بارينك على الف او بعت نفسك او طلاقك على الف وعند عمومه يصدق في انكاره قضاء في الخلع والمباراة
لانه لفظ الطلاق والبيع لا نهما صريحان ذكره في الخانية فاجاب بان ذلك المال يعني عرفا اذ هو قرينة ظاهرة
على ارادة الطلاق اذ من المعلوم انه لا يستحقه لاجله وما وجه من قال لا بد من اذن الامام فلم اره
وظهران قوله تعالى فان خفتم ان لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فانه تعالى شرعه مشروطا بخوف
الائمة والاحكام اذ هم المخاطبون بقوله تعالى فان خفتم وهذا دفع النزاع اليهم وان كان خطاب ماخذوا
للازواج فهو غير مستغرب عند القران ان يكون خطابا لمثلوا احدهما الاخر والمخاطبون باحدهما غيرهم
بالاخذ والجواب ما ذكرنا من قصة الربيع من الموطا يفيد ان الخلع وقع دون علم عثمان رضي الله عنه به وانكره
وكذا ابن عمر حين سمع به فافاد عدم فهمها ذلك فيكون المراد من الاية اذن الائمة من تمكينهم من الخلع اذا خافوا
عليهما عدم القيام بالواجب فيما اذا ارتفعوا اليهم لانه لا بد من التنازع اليهم وعلى اعتبار هذا المفهوم يتعين
عند عدم هذا الخوف بالعقل والفتوى وتبين انه حينئذ ليس جائزا لقوله صلى الله عليه وسلم المختلعات
هن المنافقات رواه النسائي وفيه وفي ابي داود عنه صلى الله عليه وسلم ايما امراة اختلعت من زوجها
من غير ما باس به لم ترح رايحة الجنة لا بالحكم بعدم النفاذ والصحة اذا وقع واما وجه من قال انه رجعي فذكر
بعضهم فيه ما لا حاصل له وقد اشار على الوجه المذكور في الكتاب فيه وهو انها انما بذلت المال لتسلم لها نفسها
والله تعالى يشرع الاقتداء لذلك والا لو كان رجعيا لم يحصل الغرض الذي شرع لاجله ولانه معاوضة والزوج
قد ملك المال حكما لصحة هذه المعاوضة فلا بد من ان يملك نفسها حكما لها تحقيقا لما كان في جانبه والله سبحانه
اعلم **قوله** وان كان النشوز من قبله كره له ان ياخذ منها شيا لقوله تعالى فلا تاخذوا منه شيا بني عن
الاخذ منها عند عدم نشوزها وكونه منه وتقدم ما قيل من ان نشوز الكراهة دون التحريم للمعارضة
وليس بشئ اذ لا معارضة في التحريم فان الطلاق بغير اجناح في الاية المطلقة مقيد بالمشاقة فان الاية
هكذا ولا يحل لكم ان تاخذوا مما اتيتموهن شيا الا ان يخافا الا يقيما حدود الله فان خفتم ان لا يقيما حدود الله

فلا جناح عليهما فيما افتدت به والنهي في الآية الاخرى مقيد بانفراده بالنشوز فلا يتلاقيان فلا تعارض
في حرمة الاخذ على انه لو تعارضا كان التحريم ثابتا بالمحرمات التطعية فان الاجماع على حرمة اخذ مال
المسلم بغير حق وفي امساكها لا لرغبة بل اضرارا وتضييقا ليفتدي ما لها في مقابلة خلاصها من الشدة التي هي
فيها معه ذلك وقال تعالى ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه فهذا دليل
قطعي على حرمة اخذ مالها كذلك فيكون حراما الا انه لو اخذه جاز في الحكم كما ذكره المصنف احترازا عن الحكم بحرمة
التملك وان كان بسبب خبيث وعلله بقوله لان مقتضى ما تلوناه يعني قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما
افتدت به سيان الجواز حكما يعني الحرمة والنفاذ في القضاء فانه ذكر شيئا باخذ الزيادة وقد قال فيها
جاز في القضاء والاباحة تترك في حق الاباحة لمعارض وهو قوله تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان زوج
الآية فبقي محمولا عليه في الباقي اي الجواز في القضاء لا قال الجواز هو الاباحة وتنتلازمان وجودا وعدما لانا نقول
ان معنى الاباحة استوى الطرفين فلا اصور ولا وزر ومعنى الجواز من جاز اي مر بعد فهو النافذ شرعا اي الصحيح
وهو المترتب سببا لترتب الاثار الشرعية اعم من كونه مع الحل او الحرمة كما في كل نهي عن امر شرعي لم يقم فيه
دليل على انه لعينه كالبيع وقت النداء والبيع بالخمر فلا نلازم وهنا كذلك فالاخذ حرام في حال عدم نشوزها
وان كان برضاها ولو فعل كان اخذه سببا للتملك كما في البيع فيما قلنا حيث يملك بسبب ممنوع لا يتأتى
النهي هنا عن امر حسي فيقدم وجوده شرعا فيخرجه عن اشتراضه سببا مفيدا الحكم الملك كالنهي عن الزنى
لان ذلك مقتضاه اذا لم يدل الدليل على ان النهي لغيره لا لعينه وهنا دل لانه لو زيادة الايحاش ولقائل ان
يقول اذا ترك في حق الاباحة لمعارض يلزم انتفاء النفاذ شرعا وذلك لان دلالته على النفاذ ليس الا دلالة
التزامية للاباحة لان دلالته المطابقية على الاباحة اذ هي المعنى المطابقي لنفي الجناح ويلزم من ثبوت
الاباحة النفاذ فاذا ارتفعت الاباحة ارتفعت بلازمها الا ان يدل دليل مستقبل اخر على ثبوت النفاذ
شرعا وهو معدوم وعلى هذا يظهر قول الظاهرية **قوله** لا طلاق ما لو نابديا اي ابتداء وهو قوله تعالى فلا جناح
عليهما فيما افتدت به يعني بطريق الدلالة لا عبارته فان عبارته رفع الجناح عنهما فيما افتدت به
مشاقتهما مشاقته فاذا كان له ان ياخذ ما افتدت به مطلقا فيما فيه مشاقة منه فاخذه ذلك
فيما لا مشاقة منه فيه اولى وجه الاخري **قوله** في امراة ثابت لما اخرجه تقدم ذكر الحديث
من رواية البخاري وليس فيه ذكر الزيادة وقد روي مرسلة ومسندة فروى ابو داود في مراسيله
وابن ابي شيبة وعبد الرزاق كلهم عن عطاء واقرب الاسانيد سند عبد الرزاق قال اخبرنا ابن جريج
عن عطاء جاءت امراة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تشكوا زوجها فقال اترديين عليه حديقته التي اصدقك
قالت نعم وزيادة قال اما الزيادة فلا واخرجه الدارقطني كذلك وقال وقد اسنده الوليد عن ابن جريج
عن عطاء عن ابن عباس والمرسل اصح واخرج عن الزبير ان ثابت بن قيس بن شماس كانت عند زينب
بنت عبد الله بن ابي ابن سلول وكان اصدقها حديقة فكرهته فقال النبي صلى الله عليه وسلم اترديين عليه حديقته
التي اعطاك قالت نعم وزيادة فقال النبي صلى الله عليه وسلم اما الزيادة فلا ولكن حديقته قالت نعم فاخذها
وخلى سبيلها انتهى قاله سمعه ابو الزبير من غير واحد ثم اخرج عن عطاء ان النبي صلى الله عليه وسلم قال
لا ياخذ الرجل من المختلعة اكثر مما اعطاها ورواه ابن ماجة عن ابن عباس ان جميلة بنت سلول اتت النبي
صلى الله عليه وسلم فقالت والله ما اعيب على ثابت في دين ولا خلق ولكني اكره الكفر في الاسلام لا طيقه
بغضا فقال النبي صلى الله عليه وسلم اترديين عليه حديقته فامره ان ياخذ منها حديقته ولا يزداد ورواه
من طريق اخر وسماها فيه حبيبة بنت سهل ولم يذكر الزيادة ولذا رواه الامام احمد وسماها حبيبة بنت سهل
الانصارية وزاد فيه وكان ذلك اول خلع في الاسلام فقد علمت انه لا شك في ثبوت هذه الزيادة كما ان المرسل
حجة عندنا بانفراده وعند غيرنا اذا اعتضد بمرسل اخر يرسله من روي عن غير رجال الاول او بمسنده
كان حجة وقد اعتضد هنا بهما جميعا وظهر لك الخلاف في اسم المراة جميلة او حبيبة او زينب وفي اسم ابيها

عبد الله ابن سلول او سهل والمسئلة مختلفة بين الصحابة فذكر عبد الرزاق عن معمر عن عبد الله بن محمد بن عقيل
ان الربيع بنت معوذ بن عفراء حدثته انها اختلعت من زوجها بكل شيء تملكه فخوصم في ذلك الى عثمان
بن عفان فاجازه وامره ان ياخذ عقاص راسها فما دونه وذكر ايضا عن ابن جريج عن موسى بن عقبة
عن نافع ان عمر جاءته مولاة لاسراته اختلعت من كل شيء لها وكل ثوب حتى عقيصتها وردت ذلك
رضي الله عنه ورفعت اليه امراة نشزت على زوجها فقال اخلعها ولو من قرطها ذكره حماد بن سلمة عن ايوب
عن كثير بن ابي كثير عنه وذكر عبد الرزاق عن معمر عن ليث عن الحكم ابن عتيبة عن علي ابن ابي طالب لا ياخذ
منها فوق ما اعطاها ورواه وكيع عن ابي حنيفة عن عمار ابن عمران الهمداني عن ابيه عن علي انه كره ان ياخذ
منها اكثر مما اعطاها وقال طاوس لا يحل له ان ياخذ منها اكثر مما اعطاها واورد ان شرط قبول خبر الواحد
ان لا يعارض الكتاب وهذا معارض قوله فلا جناح عليهما فيما افتدت به اجيب اذا خص منه شيء او عورض
بفعل اخر مثله خرج عن التطبيق في الحكم فيجوز تخصيصه بخبر الواحد مع ان هذا الحديث ان كان معارضا
لبعض فهو موافق لاخر وهو قوله تعالى فلا تاخذوا منه شيئا فكان في الحقيقة معارضة الكتاب بالكتاب
فجاء التمسك به لانه موافق لاحد النصين وفيه نظر لما قدمنا من ان النهي عن الاخذ في هذه الآية مقيد بنشوزها
وحده واطلاق الاخذ منها مقيد بنشوز كل منهما على الاخر فلا تعارض ولا تخصيص لان مورد العام غير صادق
على مورد الخاص ليكون خلافا في حكمه في بعض متناولاته اخذ الزيادة ايضا غير متناول
المطلقة لانه في نشوزها وحدها ليس نشوزها كما نقول تثبت الاباحة اخذ الزيادة في نشوزها بطريق
اولى كما بينا وعلى هذا فيظهر كون رواية الجماعة اوجه فلعل يكون اخذ الزيادة خلاف الاولى ويكون محل
منعه النبي صلى الله عليه وسلم ثابتا من ان يزداد الحمل على ما هو الاولى وطريق الغرب الى الله تعالى والله اعلم
قوله ولو طلقها الى اخر صورته ان يقول انت طالق على الف او بالف اما لو قال وعليك الف
فقبلت يقع الطلاق ولا يلزمها المال عندنا خلافا لهما وسياتي قوله فقبلت وقع الطلاق اي غير موقوف
على الاداء ولزمها المال فيطالبها به ان كانت حرة او امة اختلعت باذن سيدها حتى تباع فيه وان اختلعت
بغير اذنه لا تطالب الا بعد العتق وهذا بناء على جعل على للشرط واعتبار الفعل المقدر القبول لا الاداء كما ذكر
المصنف حيث قال وقد علقه بقبولها والمعين يتم التقرير به ولا بد من كون القبول في المجلس لما قدمنا وراء
في الرواية قوله ولو قلنا بتعليقه بالاداء لكانت كلمة على للشرط المحض وهي اذا كانت كذلك في غير المعاوضة
كما في قوله انت طالق على ان تدخلي الدار يعني ان تعليقه بالاداء يخرج له ان المعنى ان اديت فانت طالق
وهو الشرط المحض وهو مفسوخ في المعاوضات لاستلزامه تعليق البيع على ذكر الثمن ونحوه وقد يقال
ان ذلك جائز في المعاوضات المحضة اما الخلع فليس بمحض معاوضة لما عرف من انه بين بين جائبه او الجانبين
فليس هذه الزيادة محتاجا اليها في التقرير لاستغنائه بالدليل عن ذلك واعلم ان تعليق الوقوع بقبولها
بحيث ينزل بمجرده هو فيما تحقق فيه التحقيق اما فيما يحتمل فلا فلذا اختلف فيما اذا قال خلعتك نفسك
مني بكذا فقالت قبلت قيل يصح مطلقا وقيل لا مطلقا وقال الفقيه ابو جعفر ينوي الزوج ان اراد به
التحقيق دون السوم يصح او التحقيق يصح لانه صنف امر وهو المختار للفتوى **قوله** لما بينا يعني
قوله ولانها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها **قوله** وهي النفس انث الضمير الاخر هو مذكر لتانيث
اسمه الاخر اعني النفس **قوله** وان بطل العوض في الخلع الى اخر حاصله انه اذا اشترط في الفرقة
عوضا غير متقوم حتى بطل فاما ان تكون موقعا بلفظ الخلع او الطلاق ففي الخلع يقع بائنا وفي الطلاق
يقع رجعيا ان كانت مدخولا بها وهو دون الثلاث وترك المصنف التقييد بها لاشتهارها والحال في الطلاق
الثلاث وطلاق غير المدخول بها بحيث لا يجامع يخفى على احد وفيهما معا لا يجب شيء للزوج وهذا الحكم الشامل
ان ملك النكاح في الحر وج غير متقوم ولذا لا يلزمه شيء في الطلاق اجماعا واباحة الاقتداء ليس وضعا
لتقومه شرعا والا لتعينت القيمة ولوجب بالنوع كمهر المثل فاذا سمي غير المتقوم في غير المتقوم كان راضيا

بستوطه مجانا وجه الافتراق ان لفظ الخلع من الكنايات التي لها دلالة على قطع الوصلة لانه من خلع الحف والنعل والقميص وقدمنا ان الكنايات عوامل بحقايقها فما افاد حقيقته من قطع الوصلة كان الواقع به بائنا وما لا فرجع ولفظ الخلع من الاول بخلاف لفظ اعتدي استبري رحمك انت واحدة على ما سلف فانما يتبع بها الرجعي ولفظ الطلاق صريح لا يقتضي البينونة ولو لاثبوت هذا الاعتبار عندنا في الكنايات لقلنا بالرجعي فيهما كقول مالك واحمد والشافعي بخالفنا في هذه الاعتبارات في الكنايات على ما اسلفناه فيما وقال هنا ان الواقع بائن بناء على انه يوجب فيه رد مهر مثلها قياسا على طلاق العوض في المهر وهو ضعيف لانه مع الفارق فان الشارع جعل البضع متقوما حالة الدخول حتى لو سكتنا عن المهر لرفت قيمته وهي مهر المثل ولم يجعل متقوما حال الخروج لما بينا فلم يلزم من بطلان العوض لزوم القيمة وفي كتب المالكية لو خلعها على طلاق وحرام لحمد ومال صح ولا يجب له الا المال قيل وهو قياس مذهبنا وهو صحيح وفي مواضع الفقه خالفها على حد نفسه لا يلزم شيء لانه مال لا يستحقه بحال وعرف مما قررنا ان اقتصاره على قوله لانه من الكنايات لا يستلزم البينونة قوله بخلاف ما اذا خالع على خل بعينه لانها سميت ما هو مال وهو ليس بمال فيصير مغرورا فيرجع عليها فعند ابي حنيفة يرد مهرها وعندهما مثل كيل الخمر طلاقا وسطا كما في الصداق على ما تقدم في باب المهر ولو علم الزوج بكونه خمرا لا شيء له قوله وبخلاف ما اذا كاتب او اعتق على خمر او نحوه مما هو مال لكنه ساقط التقوم واعتوز به عما لو كاتبه على ميتة او دم فان الكتابة تصح بذلك حتى لو ادى الميتة والدم لا يعتق وهنا فاسدة فلو ادى الخمر عتق وعليه قيمة نفسه لان ملك المولى فيه متقوم ولهذا لا يجوز اشتراط ملك العتق على الاجنبي كشمنه ابتداء ومارضي بزواله مجانا لانه لو رضي لتجز عتقه ابتداء فتسمية مال غير متقوم في المتقوم لا يستلزم رضاه بلا عوض والعتق لا يتوقف بعد وجوده فينزل ولا يمكن رفعه ولا ايجاب المسمى لفساده ولا وقوعه بلا بدل لما ذكرنا فيجب عليه رد ما احتبس عند من ملك المولى وهو قيمة نفسه لانه اذا تعذر البدل في موضع لزومه يجب قيمة المبدل ولقائل ان يقول ان عني بكون العبد متقوما عند الخروج او حالة البقاء لزم قيمته عند خروجه شرعا فممنوع وان عني امكان الاعتياض فالبضع كذلك حالة الخروج فلا يتبين هذا الفرق في الرجوع بينهما في تسمية الخمر والخنزير والجواب الزام ما مر في ث وهو كونه له قيمة في الواقع باذن الشرع فوم او باع بيع او هبة وليس هذا في البضع حالة الخروج قوله والفقه فيه اي في لزوم تقومه عند الدخول دون الخروج انه اي البضع شرف فلم يشرع تملكه الا بعوض فاما الاستباط فنفسه شرف اي يحصل به شرف البضع للتخلص به من الملوكية فلا حاجة الى ايجاب المال اذ لم يجب الا لهذا الغرض وهو حاصل هنا بدونه قوله وما جاز ان يكون مهرا جاز ان يكون بدلا في الخلع وانعكس كليا فالصاوق بعض ما جاز بدل خلع جاز كونه مهرا والبعض الكامل من العشر وما في يدها وما في بطن غنمها وبطن جاريتها مجهول وله ما في بطونها ولا يجوز مهرا بل يجب مهر المثل والغرق ان ما في البطن ليس مالا في الحال بل في المال فكانه تعليق بالانفصال من البطن واحد العوضين وهو الطلاق لهنا يقبل التعليق فكذا الاخر اعني المال ولا يقبله سابقا على المال هنا ل وهو ملك النكاح فكذلك عوضه الاخر ولو لم يكن في بطنها شيء حالة الخلع فلا شيء له وما حدث في البطن بعد الخلع لها لانها غير عادة اذ ما في البطن لم يتعين كونه مالا اذ ظهر لجواز كونه ريحا وميتة فلا يلزمها شيء ويصح التاجيل في بدل الخلع مع جهالة مستدركة كالحصاد والدياس لا الفاحشة كالعطا وهبوب الريح والميسرة وحيث لا يصح التاجيل يجب المال حالا وهذا لانه لما كان استباطا حتى جاز تعليقه وخلوه عن العوض بالكلية وكان مما يجري فيه التسامح فجاز المجهول والى الاجل المجهول المستدرك الجهالة وعلى هذا الاصل يجوز اختلاعها على زراعة ارضها وركوب دابتها وخدمتها لا وجه لا يلزم خلع بها او خدمة اجنبي لان هذه يجوز مهرا وفي الخلاصة قالت طلقني على ان اوجر مالي عليك فطلقها فان كان للاجير غاية معلومة صح به التاجير وان لم يكن لا يصح والطلاق رجعي على كل حال وكذا لو طلقها

على ان تبرىء عن الكفالة التي تحمل بها لها من فلان فالطلاق بائن انتهى كانه لان الاول ليس فيه مال لان مطالبتها به لا يسقط بل متاخر بخلاف الثاني لتحقق سقوط المال ومطالبتها اياه به قوله او لي ان يصلح عوضا لغير المتقوم وهو البضع حالة الخروج بخلافه حالة الدخول فانه متقوم وعن هذا جاز تزويج الاب ابنة الصغير على مال الصغير ولم يجز ان يخلع ابنته الصغيرة على مالها ولو تزوج المريض بمهر مثلها ينفذ من جميع المال ولو اختلعت المريضة يعتبر من الثلث فيكون له الاقل من ميراثه منها ومن بدل الخلع اذا كان يخرج من الثلث وان لم يخرج فله الاقل من الارث والثلث اذا ماتت وهي في العدة فان ماتت بعدها او كانت غير مدخول بها فله بدل الخلع ان كان يخرج من الثلث قوله لانها لم تخرج بتسمية المال لان ما في يدها قد يكون متقوما وقد يكون غيره فكان بذلك راضيا ان لم يكن ما لا او كان ومثل هذا قولها على ما في بيتي من متاع وليس فيه شيء لان الشيء يصدق على غير المال فان كان فيه شيء حال قولها فهو له كله ولو قالت على ما في بيتي من متاع وليس فيه مال يرجع عليها بمهر مثلها للغرور والوجه ظاهر في الكتاب وقوله لا وجه الى ايجاب المسمى اي ما سمته المراة وهو المال وقيمته للجهالة قيل عليه يجب ان يلزمه ما يصدق عليه اسم المال وافله درهم لما عرف في الاقرار وهو مذهب احمد رحمه الله والجواب الجهالة توجب الفساد وان كون ما قل هو مال درهما ممنوع قوله لانها سمت الجمع واقله ثلث فان قيل لقد ثبت قولهما درهم ظاهر املي ينبغي ان يلزمها درهم لبطلان الجهة بالاهلية الخسيسة وهو يصدق بالعقود فينبغي ان يلزمها درهم فالجواب ان ذلك عند عدم امكان العهدية فاما ان امكن اعتبر كونه المراد وهو كذلك هنا فان قولها على ما في يدي يفاد كون المسمى مظروف يدها وهو عام يصدق على الدراهم وغيرها فصار بالدراهم عهدا في الجملة من حيث هو مما صدقات لفظة ما وهو مبهم ولفظه من وقعت بيانا ومدخولها وهو الدراهم هو المبين لخصوص الظروف فصار كلفظ الذكر في قوله تعالى وليس الذكر كالانثى للعهد لتقدم ذكره في قوله ما في بطني محررا فان قلت في كون مدخول اللام هنا واقعا بيانا للمعهود خلافه في وليس الذكر لان المراد بلفظ ما فيه متعين لان النذور للتبعية انما هو الذكور وانه لا يكون للجنس الا عند امكان الاستغراق لا عند عدمه ولذا يكون للجنس في اشتري العبيد عند امكان الاستغراق في النفي دون اشتري العبيد لعدم الامكان فيحنث بشراء عبد واحد بالاول ولا يبر بشراء عبد في الثاني بل بشراء ثلاثة وبهذا التقرير تبين لك ان من ليان الجنس لاصله كما ذكره المصنف انما ينزل على الصدق ضابطا وهو صالحية وضع الذي موضعها من صور بعد خلوها عن كونه خبر المبتدا الذي هو ضمير المبهم هكذا ما في يدي الذي هو الدراهم كقوله تعالى واجتنبوا الرجس من الاوثان لصدق الرجس الذي هو الاوثان اللهم الا ان يكون له في لفظ الصلة اصطلاح وما قيل ان تعين الثلاثة فيما اذا لم يكن في يدها شيء لان البضع محرم فلا بد من عدم معتبر وهو الثلاثة دفع بانه فرع يقوم البضع في الخروج وهو ممنوع وفيه نظر لان المراد انه لما لزم المال من قولها على ما في يدي هاتين الدراهم وكان البضع محترما فالظاهر ان يراد ببدل استباط الملك عنه ما هو معتبر والدرهم الواحد ان صدق عليه الجنس الذي صار اليه الجمع غير ذي خطر ولذا لم يقطع العضو به بخلاف الجمع فانه ذو خطر وهو من محتملات الجنس كالعود فيحمل عليه حملا لا دلالة بالمعين المذكور لانه انما يحمل على الفرد بمعين لكونه المتيقن عند عدم ما يعين غيره قوله على انها بريئة يعني ان وجدته سليما والا فلا شيء له قوله وعليا تسليم عينه الى آخره هذا فرع صحة التسمية وانما صحت في الخلع لان مبناه على المسامحة بسبب انه اعتياض عن غير مال فالعجز عن تسليمه لا ينفي المنازعة في القيمة فيدفع وكذا الوطء لها على عبد الغير صحت ووجب تسليمه لان رضي سيده والا فقيمته وهذا بطريق اولى لانه يجوز التزوج على عبد الغير وحكمه كذلك فالخلع اولى بخلاف البيع لان مبناه على المشاحة فالتعجيز يقضي الى ما هو لا يشرع الا قطعا فلا يجوز تسمية الابق فيه وبخلاف ما اذا اختلعته على دابة وعلى ان تزوجه امراة وتمهرها عنه يصح الخلع والتسمية فيرجع بمهر مثلها لان الجهالة متفاحشة لاختلاف الاجناس فلا يمكن ايجاب مسمى بعينه وقيمته بخلاف ما تخ

فيه لانه يمكن تسليمه او تتمته وغاية الامر كتسمية عبد وسط واذا بحث التسمية اوجب تسليم المسمى
فاشتراط البراة عن ضمانه باطل لانه اشتراط عدم البدل في عقد المعاوضة وهو اشتراط عدم حكمه فيبطل
هذا الشرط دون اشتراط البراة من عيب العوض لانه يصح وان كان مقتضى العقد يوجب سلامته كما يوجب
اصله لان وجوب سلامته تبع لوجوبه فوجوب اصله هو مقتضى العقد ثم يجب كونه سليما لان وجوب
مطلق الشيء يقتضي كماله لان المعيب فاقد من وجه فكان الموجب الاصلي هو العيب فاشتراط نفيه اشتراط
شيء ليس مقتضاه بخلاف اشتراط كونه معيبا لانه اثباته ثم اسقاط بعض الحقوق التابع وجوبها كوجوبه
وذلك لا يخل باثبات مقتضاه او نقول السلامة انما هي مقتضى العقد الذي لم يشترط فيه عدمها وهو المطلق
لا غير بخلاف اصل البدل فانه حكم كل عقد مطلقا ولو اختلعت على عبد بعينه فبان حرا او مستحقا
فتمته ولو كان بان قبل الخلع رجع عليها بالمهر الذي اخذته لانها غرته بتسمية العبد ولو كان حيا استحق
ولزمها قيمته لانه تعذر تسليمه مع بقاء السبب الموجب لتسليمه وذكر بتسليمه وجب في صورة ما اذا كان
قبل الخلع ان كان الزوج علم بذلك لا يجب له شيء كما قدمناه في قتل العين اذا ظهرت حرا وهو يعلم وبه كان يفتي
الحاكم وان اختلعت بعبد فحلال الدم فقتل عند بذلك رجع عليها بقيمته كما لا يستحق ولذا لو كان وجب
قطعين فقطع عند الزوج ورده واخذ قيمته **قوله** فطالقا واحدة اي في المجلس حتى لو قام فطلقها لا يحتسب
قوله فعليها ثلث الالف وبه قال ش في وعن مالك يقع بالكل وعند احمد تقع بغير شيء والدعوى
موقوفة على ارتباط الثلاثة من طلاق الثلاث بالف وطلب الواحدة بثلثه فانيته بقوله ان ابا حنيفة
الاعواض بالفراق والعوض يقتضي على العوض بالصورة والاخلاء بعضه عنه فيكون بعضه بلا عوض
الكل العرض ان لا يتبرع شيء منه لكن لازم هذا جعل كل طلقة على ثلث الالف والمطلوب وهو
طلب كل طلقة بثلثه لازمه لانه اذا كان العلم محيطا بانقسام في نفس الامر يكون طالب الجملة بعوض
طالب كل جزء منه لان كل جزء منه الذي فيه انما هو طالب الطلقة نحصة حال كونها مع الطلقتين الاخريين
مستوفية فايتاعه الواحدة فقط اتباع غير المسؤول فيتبع بغير شيء وهو وجه قول الامام احمد فلذا رتب
خصمائي في الدعوى على اللازم الاول وهو جعلها كل طلقة بثلثه وجعله نظير من يقول لغيره بعني هذا العبد
الثلاثة بالف فباع احدهم بثلثها يجوز باعتبار انه تحصيل بعض المقصود لكن اعترض بانا لو سلمنا ان
الاصل ملكها بنفسه بقطع ملكه عنها فكيف احدى صوري دال وهو الثلاث بعد علمها بحصة كل منهما
فانما تراضوا حتى تحصيل اصل المقصود في صورة اخرى فهو اوجب ان يعمل بخلاف عدم الجواز في قوله
بعتك من الاعبد الثلاثة بالف كل واحد بثلثها فقبل في واحد لا يجوز على قول ابي حنيفة فانه للمانع وهو
تفريق الصفقة فانه ضرر على البايع لان عادة التجار ترغيب المشتري في الصفقة ليروج الرديء
فالقول في بعض افراد الضرر به وخلاف ما لو قال لها انت طالق ثلاثا بالف فقبلت في واحدة لا يقع شيء
ويجب شيء لان الزوج هناك راض بالبينونة مقابلا بثلث الالف حيث كان الايقاع منه وفي هذه
اكثر من واحدة الا وان يكون باز ايها الف ولم يوجد منه بعد الايجاب ما يدل على الرضى ولو قالت ثلاثا بالف
فطلقها ثلاثا متفرقة في مجلس واحد استحق الالف استحسانا وفي الذخيرة قالت طلقني ثلاثا على الف
واحدة من طلاقها الا واحدة فطلقها واحدة يلزمها الالف لانها التزمت باز ايها الحرمة الغليظة وفي
المرغيناني لو قال انت طالق اربعا بالف فقبلت طلقت ثلاثا بالف ولو قبلت الثلاث بالالف
لم يقع وفي الخلاصة قبيل الفصل الرابع في الامر باليد عن ابي يوسف لو قالت طلقني اربعا بالف
فطلقها ثلاثا فهي بالالف ولو طلقها واحدة فبثلث الالف **قوله** وهذا لانه للزوم حقيقة واستعير
للشرط بين ان قوله فله ان كله على الشرط صار امره بجازا وفي الهداية ثم تعليل ابي حنيفة الاعلى تعليل
للبسوط حيث ادعى انها للشرط حقيقة لانه على تقدير كونها مستعارا للشرط لها ان يقول لما صارت
كذلك استعارة او من استعارتها لمعنى لها او بالعكس حقيقة الالتزام بالاتفاق والمناسبة بين الالتصاق

واللزوم اكثر منها بين الالزام والشرط ثم نقل ما في المبسوط انها للشرط حقيقة وهو ممكن هنا اذ الطلاق مما
يتعلق به فيجب اعتبارها فيه اذ لا بعد في ايراد المجاز مع امكان الحقيقة ولكن ان يقال انها حقيقة للاستعلا
اذا اتصلت بالاجسام المحسوسة كقمت على السطح والعتبة وجلست على الارض والبساط ومسحت
على راسي وهو محل الطلاق العربية كونها للاستعلا وفي غيره ذلك هي حقيقة في معنى اللزوم الصادق
بمحل ما يجب فيه الشرط المحض نحو بايعتك على ان لا تشركن بالله شيئا الاية اي ليشرطا ذلك ونحو
انت طالق على ان تدخل الدار وما وجب فيه المعاوضة الشرعية المحضة كقبضي هذا على الف
واحملك على درهم والعرف فيه كما تقول كذا على ان اقضك او اعطيك او اشفع لك عند فلان والحمل المتنازع
فيه ما يجب فيه كل من الامرين لان الطلاق ما يتعلق على الشرط المحض والاعتياض به والامر حمل وكون
مدخولها مما لا يرجح معنى الاعتياض فان المال يصح جعله شرطا محضا حتى لا ينقسم اجزاؤه على اجزاء مقابله
كما قالت ان طلقتني ثلاثا فلك الف حتى لا يكون شيء من الطلقات منا بلا شيء قبل المجموع ينزل عند
المجموع كما يصح جعله عوضا منقسما كما في بالف فعلى اعتبار المعاوضة تلك الالف بالطلقة وعلى اعتبار
الشرط لا اذ الشرط لا يتوزع اجزاؤه على اجزاء المشروط بل بمجموعه محمول علامة على نزول كله فدار
الامر بين لزوم ثلث الالف وعدمه فلا يلزم بالشك والاحتياط في اللزوم اذ الاصل فراغ الذمة حتى تحقق
اشتغالها وعلى هذا التقرير يكون على اللفظ مشتركا بين الاستعلاء واللزوم وكونه لا يوجب الترقف
عند طلاقه كالمشتركات لا ينفيه اذ غايته انه للزوم الغير المعينة لاحد المفهومين وهو خصوص
المادة اعني كون مدخولها جسما محسوسا او غيره ولكون المجاز خير من الاشتراك هو عند التردد اما عند
قيام دليل الحقيقة وهو التبادر بمجرد الاطلاق فلا نسلم ان الاشتراك واقع وليس الاستدلال على انه
لو سلم ندعي ان المعنى الحقيقي هو الاستعلاء والمجازي اللزوم ليس بارجح من الثاني وكون ذلك قول اهل
العربية لا يرجحه لان اهل الاجتهاد هم اهل العربية وغيرها وقد نقل انه نقل عنه الواضع ان المعنى الحقيقي
كذا بل ليس حكمهم به الا بناء على ما رواه متبادرا عند الاطلاق لاهل اللسان ومن اوجد نا كان تبادر اللزوم
في ذلك النوع كما يتبادر الاستعلاء في الامر هذا ولو تنزلنا ليكونه في اللزوم مجازا لم يضر في المطلوب
فنقول لما تعذرت الحقيقة اعني الاستعلاء كان في المجازي اعني اللزوم وهذا المعنى المجازي صحيح كل
صادق مع ما يجب فيه الشرط وما يجب فيه المعاوضة لما قلنا بعينه **قوله** ولو قال
الزوج طلقني نفسك ثلاثا بالف تقدم وجه الفرق بين ابتدائها وابتدائه **قوله** ولو قال انت طالق
الى قوله وابدء من القبول ولو قال انت طالق بالف او الى الف او ظعنك او بارئك او طلقتك بالف
او على الف يقع على القبول في مجلسه وهو ممن من جهته فيصح تعليقه واضافته ويصح رجوعه ولا يبطل
بقيامه عن المجلس ويتوقف على البلوغ اذا كانت غايبة لانه تعليق الطلاق بقبولها المال وهو من
جهتها مبادلة ويصح تعليقها واضافتها ويصح رجوعها قبل قبول الزوج ويبطل بقيامها اما تعليقه بالقبول
فلان اذن للمعاوضة وقدمنا انه في المعاوضات تتعلق احكم بالقبول ولذا على عندنا لا اشكال وعند
هي الشرط فلا بد من تقدير فعله فهو اما القبول او الاداء وتعين القبول بدلالة الحال وهو قصد المعاوضة
فان قلت فلم لم يعتبر جهة المعاوضة في قولها طلقني ثلاثا بالف فطلقها واحدة على قوله وكان يجب ثلثه
فالجواب ملاحية هذا القدر لكونه قرينة معينة للشرط انه القبول او الاداء بعدم لزوم ارادة
احدهما يستلزم لزوم جعله موجبا لاصل المال من غير ان يثبت لزومه بل قالوا ما هو ابلغ من هذا وهو
لو قالت طالق على ان تعطيني الف تعلق بالقبول مصرح به في جواب الرواية من كتب محمد اما اذا
قال لو اعطيتني او جئتني بالف فلا تطلق حتى تعطيه للتصريح بجعل الاعطاء شرطا لحلافه مع علمي
حتى انه اذا كان على الزوج دين لها وقعت المخالصة في مسئلة على ان تعطيني دون ان اعطيني الا ان
يرضى الزوج طلاقا مستقبلا بان لها عليه ذلك لانه يقال ان تعطيني ذلك فانت طالق فقوله في العرف

قال تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون اي حتى يقبلوا للاجماع على ان يقبولها ينتهي الحرب معهم هذا تم
في قولهم ان اعطيتني بشرط الاعطاء الجنس يوقع الطلاق وفي قوله اذا ومتى اعطيتني الحاجة الى الاعطاء
في المجلس وهذا يبين ان معنى المعاوضة ما لخصه وان ذكر تصريح الشرط وسنذكر نحوه من محضى الحاكم واما
الثاني وهو اشتراط المجلس فلانه معاوضة من جانبها حتى صح رجوعها اذا ابتدات قبل قبول الزوج ولا يصح
تعليقها والاضافة اليها والمبادات تستدعي جوابا في المجلس فاذا لم تجب حتى قامت لم يعتبر قبولها اذ ذاك
وفي جانبه هو على ما سنذكره **فرع** قال الاجنبية انت طالق على الف ان تزوجتك فقبلت
ثم تزوجها لا يعتبر القبول الابعد التزوج ولم يجك خلافا في جوامع الفقه وعينه جعل هذا على قول ابي حنيفة
وعند ابي يوسف اذا قبلت عند قوله ثم تزوجها طلقت والحق قول ابي حنيفة لانه خلع بعد التزوج فيشترط
القبول بعده **قوله** ولو قال لامراته انت طالق وعليك الف او لعبده انت حر وعليك الف او قال
لها العبد طلقتني واعتقتني وعليك الف فقبلت ابتداء يقع الطلاق والعتق بمجرد ذكرها ولا شيء له قبلا او ردا
وفي الثاني يقع اذا اجاب ولا شيء وقالا لا يقع شيء ما لم يقبلا فاذا قبلا وقع ولزمهما المال لهما ان هذا الكلام يقع
لقصد المعاوضة حتى ان قوله للخياط خطه وعليك درهم وللجمال احمله وعليك درهم جائز ويلزم المسمى المعلوم
باراده بسبب الخياطة والحمل لكنه ترك الاحاطة العلم باراداته وطريقه واما ذة اللفظ لذلك ان يجعل
الواو للحال فالحاصل انت طالق او خطه في حال وجوب الالف عليك او عليك وهو يتحقق هذا الحال
الا بقبوله فعنده يثبت شرط الطلاق اذ الاحوال شروط فيقع عقيبه ويلزمه المال فان قيل انما عرف
ذلك للعلم بالمعاوضة لان المال عليه وكذلك هنا قلنا الخلع ايضا معاوضة وله ان قوله وعليك
وقولها وعليك الف جملة تامة والاصل في الجملة التامة ان يستقل بنفسها فلا يعتبر فيها ما اعتبر فيما قبلها
من القبوه ولذا لو قال ان دخل فلان الدار فانت طالق وضرتك طالق تطلق الضرة للحال لا بتزينه
تقييد مشاركتها لها كما في قوله ان دخلت فانت طالق وعبدي حر فان العتق يتعلق ايضا بالدخول
لان قوله وعبدي حر وان كان تاما لا انه في حق التعليق قاصر لان الخبر الاول لا يصلح خبرا له بخلاف
مسئلة الضرة لانه يمكنه ان يقول وضرتك ان كان عزمه التعليق لان غير الاول يصلح خبرا له ودلالة هنا
ان الطلاق والعتاق لم يلزم فيهما المال ومع عدم الملزوم فالكلام يأبون قبول بدلهما اشد الا ترى ان بخلاف
الاجانب لانهم لم تشرع الامعاوضة فلا يلزمهم المال حتى لو قال للخياط خطه متقصا لزم اذا خاطه اجر المثل
فوجب بقاء الواو على المعنى المختص وهو العطف فيكون الزوج بعد الايتاع عطف اخرى هي دعوى مال عليها
ابتداء وفي قولها وكان الف اجاب صلة مبتدأة وعدا منها والمواعيد لا يتعلق بها اللزوم فبقي الطلاق والعتاق
فيهما بلا بدل بخلاف قوله اذا اتى انا وانت حر فان اول كلامه غير مفيد حكما معتبرا الا ترى اذا لم يجئ
احدهما اياها من غير موجب والمرئية في حق العبد لا تبلغ هذا فيصير به تعليقا للعتق بادا المال فتوقف
الوقوع عليه اما هنا فاول الكلام مفيد بدونه اخر منه ظاهر وكذا منها لانه التماس صحيح كثيرا ما يقع
ذكره فلا تتوقف على مضمون اخره واعلم ان جعلهم الواو للعطف يستلزم عطفا لخبر على الانشاء وهو ممتنع
على ما ذكروه في الاصول فيجب ان يكون واو الاستيناف وحينئذ ان ادعي انها حقيقة فما تبادر اليه
المنع فيحتاج في ترجيحه على الحال الى دليل والجواب ان احتمال الواو للحال والاستيناف حاصل وباعدها
يلزم المال وبالاخر لا يلزم بالشك على انا نمنع كون جمله انت طالق انشائية وكذا انت حر وقد منا
في باب ايقاع الطلاق الادلة على انها خبرية والطلاق يقع عنده شرعا بالتطليق الثابت ضرورة
فاوضح اليه **قوله** فثبت اي الطلاق على حكمه من التزام المال والخيار فالخيار باطل اذا كان للزوج
فبمجرد قبولها ذلك يقع الطلاق ويلزمها المال وهو جائز اذا كان للمراة ولا يقع بقبولها حتى يستوفي الخيار
او تمضي الايام فاذا كان ذلك وقع ولزمها المال فان ردت الخيار في الايام بطل الطلاق ولزم المال وهذا
التفصيل كله عند ابي حنيفة ولا يخفى ان العبارة لجديرة ان يقال فان ردت اختيار الطلاق بان قالت

الخيار الطلاق وعبارة قاضيخان فان ردت الطلاق وقالت اخترت الزوجين باطل والطلاق واقع بمجرد
قبولها وعلى المال وجه قولها ان الخيار للفسخ بعد الانعقاد لانه لم يشرع الا في عقد لازم كالبيع والكتابة
للمنع من الانعقاد والفرق اعني اجابه وقبولها احتمالان الفسخ من الجانبين اي لا منه لانه في جانبه
يمين اذ حاصله تعليق الطلاق بقبولها المال وفي جانبها شرطه اي شرط هذه اليمين بتاويل الحلف فاذا قبلت
كان ذلك وجود الشرط وشرط اليمين اذا وجدت لا يتصور فسخها فتعذر فسخها ولم يكن جعل الخيار مانعا
من الانعقاد لما مر فيبطل من الجانبين واذا بطل انبرم ما شرط فيه وله ان الخلع في جانبها بمنزلة البيع
يعني معاوضة ولذا صح رجوعها عنه اذا ابتدات قبل ان يقبل هو ولا يتوقف على ما وراء المجلس بالاتفاق
بيننا حتى لو قامت قبل هو او قامت ثم قبلت فيها اذا كان هو المبتدي لا يصح ولو ذكرته بصريح الشرط
في الكلام كما لو قال الفضل اذا قالت ان طلقتني ثلاثا فلك علي الف فان فعل في المجلس فله الالف وان فعله
بعده فلا شيء له وفي جانبه يمين كما قالا حتى لا يصح رجوعه بعد قوله انت وعلي طالق على كذا او بكذا او يتوقف
على ما وراء المجلس ولا يبطل الا ان يتقضي مجلس خطابها او مجلس بلوغها الخبر قبل ان يقبل ويصح تعليقه واضافته
حتى لو قال اذا جاء غد فقد خالعتك على الف او فقد طلقتك على الف وقبلت في الغد في مجلس علمها
وقع ولزما المال ولا يصح قبولها قبل الغد لان نفس الايجاب معلق بالشرط وهو عدم قبله ولا يصح القبول
قبل الايجاب والاخيار في الايمان فيبطل خياره ويصح في البيع فيمنع خيارها وكونه شرط يمينه لا يبطل حقيقته
في نفسه الا ترى انه لو قال ان بعتك هذا فعبدي حر يكون نفس البيع شرط يمينه حتى يعتق بوجوده
ولم يبطل به كونه معاوضة مستلزمة لحكمها من وجوب التسليم والرد بالعيب وبالخيار بخلاف ما لو قال
ان دخلت فانت طالق على ان بالخيار لا يصح لانه خيار في الطلاق لا معاوضة فان قيل ثبوت الخيار
في البيع بالنص على خلاف القياس فلا قياس عليه غيره فالجواب انا اثبتنا هنا بدلالة النص فان ثبوته
في البيع لدفع اليمين في الاموال والغبن في النفوس اضر والحاجة الى التروي فيه اكثر فانه ربما يتوانى
هذا الازدواج في وجه لا يحصل مثله ابدا وهذا المعنى تتبين عليه كل لغوي بعد علمه بتشديعته
في البيع فكان بدلالة النص **قوله** وجانب العبد في العتاق اي على مال كجانبها في الطلاق
فيصح فيه شرط الخيار له اذا قال انت حر على الف على ان بالخيار ثلاثة ايام **فرع** من صور
تعليق الخلع ان يقول ان دخلت فقد خلعتك على الف فتراضيا عليه ففعلت صح الخلع وذكر في علامة
السير من التجنيس لان التعليق من الزوج يحوز لانه طلاق وهذا يفيد ان قبولها قبل الشرط وفي الوجيز
اذا قال اذا قدم فلان فقد طلقتك على الف واذا جاء غد فلا امر كما فالقبول الى بعد مجيء الوقت وقدوم
فلان **قوله** والقبول قول الزوج اي مع يمينه وحقيقة الفرق بين الصورتين ان قوله طلقت امس
على الف اقرار بمجرد اليمين لا بوقوع الطلاق اذ هو لازم وجود الشرط لازمه والموجود بعد هذا منه
وهنا اختلاف في وجود الشرط وهي تدعيه لتثبت الطلاق وهو منكر وغير مناقض اذ الا يقتضي رجوعه
عن شيء مما اقر به والقول للمنكر فلان قوله بعتك فانه اقرار بقبول المشتري اذ البيع لا يتم الا به فكان
قبوله رجوع عما اقر به فلا يقبل حتى لو كان قال لها بعتك طلاقك امس فلم تقبلي فقالت بل قبلت
كان القول لها وقوله لعبده اعتقتك امس على الف فلم تقبل وبعتك امس نفسك بالف فلم تقبل
على قياس قول الزوج لها وفي المسئلة اختلاف ذكر في كتب محمد رحمه الله وهو قال لها قد طلقتك واحدة
بالف فقبلت فقالت انما سالتك ثلاثا بالف فطلقني واحدة فلك ثلثها القول للمراة مع يمينها ولو اقاما
البينة فالبينة بينة الزوج وكذا لو اختلفا في مقدار ما يجعل بعد الانفاق على الخلع او قال انما تلفظت
بغير متى فالقول قولها والبينة بينة الزوج اما اذا اتفقا انها سالته ان يطلقها ثلاثا بالف وقالت
طلقني واحدة وقال هو ثلاثا فالقول قوله ان كانا في ذلك المجلس الا يرى انه لو قال لها انت طالق انت
طالق انت طالق في مجلس سواها بالثلاث بالف كان له الالف فغاية هذا ان يكون موقعا الباقي في المجلس

فيكون مثله وان كان غير ذلك المجلس لزمه الثلاث وان كانت في العدة من المتوفى عليه ولا يكون للزوج الا الثلث
الف وان قالت سألتك ان تطلقني ثلاثا بالف فطلقتني واحدة فلا شئ لك يعني على قول ابي حنيفة
وقال هو بل سألتني واحدة بالف فطلقتكها فالقول قولها على قول ابي حنيفة رضي الله عنه وان قالت
سألتك ثلاثا بالف فطلقتني في ذلك المجلس واحدة وبانتا في غير وقال بل الثلاث فيه فالقول لها وان قالت
سألتك ان تطلقني انا وضرتي بالف فطلقتني وحدي وقال طلقتكما معا وقد افترقا من ذلك المجلس
فالقول لها وعليها حصتها من الالف والاخرى طالق بائن ولذا ان قالت لم تطلقني وهي في ذلك
المجلس وفي مسئلة خلع التثنية بسؤال واحد **تنبيه** وهو اذا خلع امرأته على الف كانت مقتسمة
على قدر مائة زوجها عليه من المهر حتى لو سألها طلاقها على الف او بالف فطلق احداهما لزم المطلقة حصتها
من الالف على قدر مائة زوجها عليه فان طلق الاخرى في ذلك المجلس ايضا لزمها ايضا حصتها لا ان الالف تنقسم
عليهما بالسوية ولو طلقها بعدما افترقوا فلا شئ له واذا ادعت المرأة الخلع وانكر الزوج فاقامت بينة
فشهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة او اختلفا في عين بجعل فالشهادة باطلة وان كان الزوج
هو المدعي للخلع والمرأة منكرة فشهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة والزوج بدعي الفا وخمسمائة
جازت شهادتهما على الف وان ادعى الفا لم تجز شهادتهما ولزمه الطلاق بائنا ولذا لا تجوز شهادتهما اذا اختلفا
في عين بجعل ايضا الكل من مختصر الحاكم ابي الفضل كلام محمد وجه السهو ولو اختلفا في مقدار العوض فالقول
لما عندنا وعن ابي حنيفة في تحالفان **قوله** والمبارأة كالخلع بفتح الميم مفاعلة من البراءة وتزن الهمزة
خطأ في الغرب وهو ان يقول بارأتك على الف فتقبل وقوله يسقطان كل حق لكل واحد منهما مفيد بالمهر
والنفقة الماضية اذا كانت معروضة كلاهما نفقة العدة والسكنى في العدة لا يتبع البراءة منهما
وان كانا من حقوق النكاح بل للمختلعة النفقة والسكنى الا ان اختلعت على نفقة العدة فتسقط دون
السكنى لانها حق الشرع واطلاق جواب المسئلة يقتضي سقوط المهر في جميع الصور سواء سميا شيئا
في الخلع او لم يسميا كذلك وجملته انهما اما ان لا يسميا شيئا بان يقول خالعتك فقبلت ولم يذكرا شيئا او سميا
المهر او بعضه او مالا آخر فان لم يسميا شيئا ففيه ثلاث روايات احداها لا يبرأ الزوج عن المهر حتى
يأخذه ان لم يكن مقبوضا والآخر يبرأ كل منهما عنه وعن دين آخر سواه والثالثة يبرأ كل منهما من المهر لا غير
فلا يطالب به احدهما الآخر وهو الصحيح على قول ابي حنيفة سواء كان قبل الدخول او بعده مقبوضا كان
او لا حتى لا يرجع عليه بشئ ان لم يكن مقبوضا ولا يرجع الزوج عليها ان كان مقبوضا كله والخلع قبل الدخول
وهذا لان المال مذكور عرفا بالخلع فحيث لم يصرح به لزم ما هو من مقتضى النكاح بقرينة ان المراد
الاخلاء منه وان سميا المهر فان كان بعد وليس بمقبوض سقط عنه كله وان كان مقبوضا رجع عليها
بجميعه بالشرط وان كان قبل الدخول فان كان مقبوضا ففي القياس يرجع عليها بنصفه وبنصف نصفه بحكم
الطلاق قبل الدخول حتى لو كان الفارض الفا وخمسمائة وفي الاستحسان بالمقبوض فقط لان
المهر انما تستحقه المرأة وهو نصف المسمى قبل الدخول فيجب عليها رده بالشرط ورد النصف الآخر
بالطلاق قبل الدخول لانها قبضت ما لا تستحقه فيجب عليها رده كذا ذكره ناصحي خان قيل وينبغي الا يجب
النصف بالشرط ويسقط البائن بحكم الخلع كما اذا خالعها على مال آخر قبل الدخول وقد قبضت كل المهر
حيث لا يجب عليها رد شئ منه وسيأتي وكما اذا سميا بعض المهر فانه يجب عليها المسمى بالشرط ويسقط البائن في
حكم الخلع ولكن قد يقال ينبغي ان يجب كل المسمى بالشرط لان المهر انما صحت تسميته في العقد غير انه
سقط نصفه بالطلاق قبل الدخول واشتراط المهر كما قبل الطلاق فينصرف الى تمامه فاذا كانت قبضته
وقع الطلاق قبل الدخول رجع عليها بكله بالشرط وان لم يكن مقبوضا ففي القياس يسقط عنه كله ويرجع
عليها بخمسمائة لانه يستحق بدل بالشرط وهي تستحق عليه خمسمائة بالطلاق قبل الدخول فيلتقيان قصاصا
بقدر ويرجع عليها بالزايد وفي الاستحسان لا يرجع عليها بشئ لما ان المهر انما تستحقه وهو خمسمائة

فيجب لها ذلك ويجب له مثله عليها بالشرط فيلتقيان قصاصا وان سميا بعض المهر بان طالها على عشرة
آلاف والمهر الف فان كان بعد الدخول وكله مقبوض رجع عليها بمائة بالشرط وسلم الباقي لها وان كان غير
مقبوض سقط عنه كله ما يلزمه بالشرط والباقي بحكم الخلع وان كان قبل الدخول وكله مقبوض ففي القياس
يرجع عليها بتسعمائة بالشرط وخمسمائة بالطلاق قبل الدخول وفي الاستحسان يرجع عليها بخمسين
لانه عشر مهرها قبل الدخول وبرئت المرأة عن الباقي بحكم لفظ الخلع وعلى ما حكيناه ينبغي ان يرجع بمائة
وان لم يكن مقبوضا سقط كله استحسانا عشر بدل الخلع والنصف بالطلاق قبل الدخول والباقي بحكم الخلع
وان سميا مالا آخر غير المهر فان كان بعد الدخول والمهر مقبوض فله المسمى ليس غير وان لم يكن مقبوضا
فله المسمى وسقط عنه المهر بحكم الخلع وان كان قبل الدخول والمهر مقبوض فله المسمى فقبضت وأجبر
على رد شئ منه وان لم يكن مقبوضا فله المسمى بالشرط وسقط عنه المهر بحكم الخلع اذا عرفت هذا فيما
لو اختلفا فيه وجه قول محمد رحمه الله ان هذه معاوضة واثر المعاوضة ليس الا وجوب المسمى الا في
اسقاط فيصير وصار كما اذا اوقع بلفظ الطلاق على مال ولذا لا يسقط دين آخر وأنفقة العدة وان كانت
من آثار النكاح مع ان النفقة اضعف من المهر ولابي يوسف ان المبارأة من المبراة فتقتضي البراءة من
الجانبين وانه مطلق في كل دين الا ما قيدناه بالواجب بالنكاح لدلالة الغرض فان الغرض المبارأة
من متعلقاته اما الخلع فانما يقتضي فصلا واخلاعا وحقيقته تحقق بحق النكاح غير متوقفه على سقوط المهر
ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الخلع صلح وضع شرعا لقطع المنازعة الكائنة بسبب النشوز الكائن بسبب
الوصلة القائمة بينهما بسبب النكاح فتام تحقق مقصوده مسقطا لما وجب بسبب تلك الوصلة فيسقط
المهر والاعادة موضوعة بالنقض لان لفظه ولفظ المبارأة يفيد الطلاق هذا في المبارأة كما قال ابو
يوسف ولفظ الخلع يفيد انخلاع كل منهما عن الآخر دون احدهما بعينه فانه اذا انخلع احدهما على الآخر على وجه
الكمال بان ينخلع من كل وجه انخلع الآخر كذلك وبثبوته على هذا الوجه يسقط مطالبة كل منهما الآخر
بواجب النكاح بخلاف لفظ الطلاق فانه ليس فيه ما يدل على سقوط الحقوق الواجبة بالنكاح على ان
في رواية الحسن عن ابي حنيفة ان الطلاق على مال كالخلع وبخلاف دين آخر لان شرعية الخلع لقطع النزاع
الحاصل بسبب وصلة النكاح مطلقا وبخلاف نفقة العدة فانها ليس من موجب النكاح بل حدث تعلق
وجوبها بنحو حتى لو شرط سقوطها في الخلع سقطت باعتبار ما يستحقه وقت الخلع والباقي يسقط
بتعاطي حتى الخلع اما لو لم يسقطها حتى انخلعت ثم اسقطت لا يسقط اسقاطها حينئذ فصار المالم يجب
فانها انما تجب شيئا فشيئا بخلاف ذلك الاسقاط الحي واما السكنى فلما كانت في غير بيت الطلاق معصية
لا يصح اسقاطها بحال الا ان ابراءته عن مؤنة السكنى بان كانت ساكنة في بيت نفسها او تعطى الاجرة
من مالها فيصح حينئذ التزامها ذلك وفي العتيبة الابراء بعد وجوب سبب النفقة فيصح وان لم
تكن واجبة عنده قبل ما سبق هو الصحيح وما ذكر في العتيبة يبطل الابراء بعد الخلع فانه لا يصح لكن في التتابع
لو ابرأته عن نفقة العدة بعد الخلع صح قال هكذا ذكره الطحاوي انتهى بخلاف الابراء حال قيام النكاح
لان الابراء عن النفقة المستقبلة لا يصح هذا وقيل ان يقول الوجه الاول يقتضي سقوط المهر
بالطلاق على مال والثاني يوجب كون لفظ الطلاق مطلقا مسقطا له لانه بفيد انطلاقها وانطلاقها
عن الزوج يوجب مثله في حقه ويحقق حقيقة انطلاق كل منهما عن الآخر على الكمال يقطع مطالبة كل الآخر
بواجب النكاح كما قلنا في الخلع بعينه فالذي يظهر من جهة الدليل ترجيح الوجه الاول والتزام
رواية الحسن عن ابي حنيفة في الطلاق على مال انه ايضا يسقط المهر كالخلع والا فما حال ما علمت ولو كان
لفظ لفظ البيع والشراء اي قال بعتك نفسك بالف فقالت اشتريت اختلف المشايخ فيه انه على قول
ابي حنيفة رضي الله عنه كالخلع والمبارأة او ما وصحح في الفتاوى الصغرى انه كالخلع والمبارأة وترجيح
قول محمد رحمه الله بانه يفيد معاوضة والاتزاد على ما تراضيا عليه واللفظ ان كان ينبئ عن الفصل

فالفصل وجب على مقدار رضيا به فكيف يسقط بغير ذهوله عن التحقيق فاه اذا بان عن الانفصال فيه متعلقات
النكاح واقتضى ذلك ان يسقط مطالبة كل الاخر بالمهر ثم وقع التراضي على اثباته بمال فقد وقع التراضي
على اثبات سقوط ملك النكاح والمهر بذلك المال فيثبت بمقتضاه مع ذلك المال بالضرورة **تنبيه**
لا يسقط المهر بخلع الاجنبي بمال نفسه لانه لا ولاية للاجنبي في اسقاط حقها ذكره شمس الائمة وكذا الامة
اذا اختلعت من زوجها بغير اذن المولى يقع الطلاق ولا يسقط المهر بخلاف ما اذا كان باذنه فيسقط
وتتباع في بدل الخلع وفيما اذا كان بغير اذنه لا يطالب به الا بعد العتق وام الولد والمدبرة والمكاتبة يودیان
من كسبها **فروع** اذا شرط بدل الخلع البراءة من نفقة الولد وهي مؤنة الرضاع ان وقتا لذلك وقتا
كسنة مثلا صح ولزم والا لا يصح وفي المنتقى ان كان الولد رضيعا صح وان لم يبين المدة وترضع حولين انتهى
خلاف العظيم وفي الخلاصة امراة اختلعت من زوجها على مهرها ونفقة عدتها وعلى ان تمسك ولدها منه ثلاث
سنين او عشر ابنفقته صح الخلع ويجب ذلك وان كان النفقة مجهولا يعني قدر النفقة وهذا لما علمت
ان الجهالة غير المتفاحشة مستحملة في الخلع فان تركته على زوجها وهربت فللزوج ان ياخذ قيمة النفقة
منها ولها ان تطالبه بكسوة الصبي الا ان اختلعت على نفقته وكسوته فليس لها وان كانت الكسوة مجهولة
وسواء كان الولد رضيعا او فطيما ولو اختلعت على دراهم ثم استاجرها بدل الخلع على ارضاع الرضيع جاز
ولو استاجرها على امساك العظيم بنفقته وكسوته لا يجوز وفي المحيط ذكر ابن سماعة عن محمد رحمه الله
في امراة اختلعت من زوجها بما لها عليه من المهر وبرضاع ولده الذي هي حامل به اذا ولدته لاستين
جاز فان مات او لم يكن في بطنها ولد ترد قيمة الرضاع ولو مات بعد سنة ترد قيمة رضاع سنة
ولذا اذا ماتت هي على قيمته انتهى ولو كانت قالت عشر سنين رجع عليها باجرة رضاع سنتين ونفقة
باقي السنين الا ان قالت عند الخلع ان مات اودت ولا شيء على فهو على ما شرطت قاله ابو يوسف
ولو اختلعت على ان تمسكه الى وقت البلوغ صح في الانثى لا الغلام واذا تزوجت فللزوج ان ياخذ الولد
ولا يترك عندها وانفق عليه ذلك لان هذا حق الولد وينظر الى مثل امساك الولد في تلك المدة فيرجع به
عليها ولو اختلعت على ارضاعه ثم صالحت الزوج على شيء يصح ولو طالعته على نفقة ولده عشرا وهي معسرة
فطالبته بنفقة جبر عليها وما شرط حق عليه وعليه الاعتماد لا على ما افتاه بعضهم من سقوط النفقة
ولو خلع بما لها عليه من المهر تذكر ان لم يسق عليه شيء من المهر وقع ووجب عليها رد المهر ومثله لو خلعها على عبد
الذي لها عنده او متاعها ثم ظهر ان ليس في يديه شيء وقع على مهرها فان لم تكن قبضته سقط وان قبضته
ردته او مثله او قيمته ولو خلعها على مهرها وهو يعلم ان ليس عليه لها مهر وقع بائنا ولو كان
طلقها على مهرها فقبلت والزوج يعلم انه لا مهر لها ينفع رجعيا **قوله** لم يجز عليها لتحمل عدم وقوع الطلاق
بسؤال الاب لانه لم يرض بدل الخلع فصار كان الزوج خاطب البنت بالخلع فيتوقف على قبولها وان كانت
صغيرة ويحتمل عدم لزوم المال بعد وقوع الطلاق فلا صرح بان الاصح وقوعه تعين المراد الثاني وهذا
لانه لا تظهر لها فيما اذا بضع حالة الخروج غير متقوم والبدل متقوم فاعطاها المتقوم من مالها متقوم الا يجوز
لانه في معنى التبرع بمالها **قوله** بخلاف النكاح لانا لبضع متقوم عند الدخول فلو زوج ابنه الصغير
مهر المثل جاز عليه ولزم المهر في مال الابن لانه اعطى المتقوم من ماله بمتقوم **قوله** ولهذا يعتبر
خلع المريضة متصل بكون البضع غير متقوم حالة الخروج وقدمنا في اول الباب ان الواجب للزوج ان ماتت
في العدة الاقل من ميراثه ومن بدل الخلع اذا كان يخرج من الثلث وان لم يخرج فله الاقل من الارث والثلث
واذا ماتت في العدة فان ماتت بعدها او كانت غير مدخول بها فله بدل الخلع ان خرج من الثلث **قوله**
ونكاح المريضة لما اخره متصل بانه متقوم حال الدخول **قوله** والاول اصح هكذا في المنتقى وجه
ما ذكر من انه تعليق يقبول الاب وقد وجد الشرط وما ذكر من وجه الرواية الاخرى من الاب لما لم يضمن
المال صار كانه خاطب الصغيرة فيتوقف على قبولها وان لم يلزمها المال وما قيل ان الخلع في معنى اليمين

والايمان لا تجري فيها النيابة فالملازمة الاول ممنوع ولزوم الموجود من الاب ليس غير صحيح بل بمجرد الشروط
وشرط اليمين يصح من كل احد هذا اذا قبل الاب فان قبلت وهي عاقلة تعقل ان النكاح جاب والخلع سالب
وقع الطلاق بائنا ولا خيار ولا يلزم المال وفي جوامع الفقه طلقها بمهرها وهي صغيرة عاقلة فقبلت وقعت
طلقة واحدة بائنا وان قبل ابوها او اجنبي روى هشام عن محمد رحمه الله يقع وروى الهندواني عن محمد لا يقع
ولو بلغت فاجازت جاز **قوله** على انه اي الاب ضامن المراد من الضمان هنا التزام المال لا الكفالة
عن الصغيرة لعدم وجوب المال عليها فالخلع واقع سواء خلع الاب على مهرها وضمنه او الف مثلا يجب
الالف عليه لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح فعل الاب وانه يملك التصرف في نفسها وما لها بالاقراض
والايداع والاجارة والابضاع او بخلاف بدل العتق لا يجوز اشتراطه على الاجنبي لانه يصل به للعبد
ما لم يكن حاصلا وهو اثبات الاهلية وهو الفرق عن ذلك **قوله** اسقاط بخلاف اسقاط الملك في الخلع لا يحصل
عنه للمراة ما لم يكن حاصلا قبل فصار الاجنبي والاب مثلها في انه لم يحصل له شيء بخلاف العبد فانه حصل
ما ذكرنا له والعوض لا يجب على غير من يحصل له المعوض فصار كثمن المبيع الا ان البيع يفسد بالشروط
الفاسدة والخلع لا يفسد بها **قوله** ولا يسقط مهرها لانه لم يدخل في ولاية الاب فاذا بلغت تاخذ نصف
الصداق ان كان قبل الدخول وكله ان كان بعده من الزوج ويرجع هو على الاب الضامن او ترجع على الاب
ولا يرجع هو على الزوج ولو كان المهر عينا استهلكته من الزوج كله ان كان بعد الدخول ونصفه ان كان قبله
ويرجع الزوج على الاب الضامن بقيمته **قوله** وان شرط اي لو شرط الزوج الالف على المرتفع
على قبولها ان كانت من اهل القبول بان تكون مميزة وهي اهلية المراة تقول بدل الخلع ان شرط تعرف
ان النكاح جاب والخلع سالب فان قبلت وقع الطلاق لوجود الشروط وهو قبولها ووجب المال
لانها ليست من اهل العزامة او البينونة بالخلع بغير القبول دون لزوم المال الا ترى انه لا يلزم بدونه فيما اذا اسلمت حمزا ونحوه وان قبله الزوج الاب بدونه عن افاق وقع الطلاق رواية
في رواية يصح لانه نفع محض اذ الخلاص من عهدته بلا مال ولذا صح من مصاد كقبول الهبة وفي اخرى
لا يصح لان قبولها شرط اليمين وهو لا يحتمل النيابة وهذا هو الاصح **قوله** وكذا ان خالعها او خالع
الصغيرة الزوج على مهرها ولم يضمن الاب توقف على قبولها ان كانت على ما قلنا انفا فان قبلت وقع
الطلاق ثابتا ولا يسقط المهر وان قبله الاب فعلى الروايتين ما لم يضمنه فان ضمنه صح ووقع الطلاق
لوجود الشرط وعرف من هذا ان الصغيرة العاقلة اذا قبلت الخلع من زوجها صح الخلع ووقع الطلاق
ولا يسقط المهر ولا يلزم المال هذا ثم قبل هذا وقيل المسالة ان يخالعها على مال مثل مهرها اما على مهرها
فلا يجوز لان الاب ليس له ولاية ابطال ملكها بمقابلة ما ليس بمتقوم ولا يعتبر رضاه والاصح ان الخلع
على مهرها كالخلع على مال اخر لان العقد يتناول مثله لا عينه وضمان الاب اياه صحيح ثم ان كان مهرها
الفا والخلع قبل الدخول وهي الراد بمسالة الكتاب لزم خمسمائة وفي القياس يلزمه الالف واصله
ان الكبيرة اذا اختلعت على مهرها وهو الف قبل الدخول وقبل قبضه في القياس يجب خمسمائة لانه
وجب له عليها الف بالشرط وهي وجب لها خمسمائة بالطلاق قبل الدخول فيتقيان فضاصا تعدد
فبقي عليها خمسمائة له وفي الاستحسان لا يجب عليها قبل القبض شيء لان المهر يراد به عرفا المستحق
المراة وهو نصف المهر فيسقط عن الزوج وبعد قبضه يجب خمسمائة له بالشرط وتبرا عن الباقي
بحكم الخلع هذا على خلاف ما ذكره في خان وقد قدمنا الاقسام كلها واذا عرفت هذا علمت ان الصواب
ان يقول اذا خالعها على مهرها وهو الف لا كما قال على الف ومهرها الف فانه اذا خالعها كذلك يكون من الخلع
على مال خر غير انه اتفق ان مثل المهر والاثر لذلك والحكم فيه اذا كان قبل الدخول وجب المسمى له
وسقط المهر عنه ان لم يكن مقبوضا وسلامنه لها ان كان مقبوضا لا يرجع عليها بشيء كما قدمناه في التقسيم
واذا وقع الكلام في خلع الاجنبي فلا بد من ذكره نبذة منه اعلم ان الاجنبي اذا خاطب الزوج فاما ان يضيف

البدل الى نفسه على وجه يفيد ضمانه له او ملكه اياه او يرسله او يضيفه الى غيره فان اضافه الى نفسه
كذلك بان قال اخلعها على عبدي فكذا او الى فلان على او على انى ضامن فعل فالخلع واقع والمسمى
عليه فان استحق لزم قيمته ولا يتوقف على قبولها لانه انما يتوقف على من يجب عليه البدل ممن يقع عليه
الطلاق والمال قبوله بل يكفي الامر منه لان الواحد ينوب طرفي الخلع كما في النكاح بخلاف ما لو قال اختلعت
نفسك مني فقالت فعلت فانه لا يصح لما قبول الزوج والحاصل انه يصح ارادته التحقيق دون السوم فان
قلت ما الفرق بين تسمية الاجنبي وسيد الامة المنكوحة لعبد او حر فانه اذا ألزمها من الزوج على عبده
فاستحق لا يضمن قيمته بل يجب قيمة العبد على الامة حتى تباع فيه لظهور الدين في حق السيد فالجواب
ان قبول الخلع هنا وجد منها حكما بسبب ولاية السيد عليها فكان قبوله كقبولها فكان الدين عليها الا ان
السيد التزم خصوص الاول فاذا فات عاد اليها وهو ظاهر في حق السيد فتباع فيه الا ان يفديها واذا
بيعت ان كان عليها دين بدأ به الا ان دين الخلع اضعف اما لو خلعها على رقبتها وهي تحت عبد صح فلو ضمن المولى
الدرك في جميع ذلك فالمطالبة على المولى لالتزامه دونها لانها قبل العتق ولا بعده ولان القبول انما يشترط
لوجوب البدل لا لوقوع الطلاق وان ارسله بان قال على الف او على هذا العبد توقف على قبول المرأة
لان البدل لم يضف لها حد فان قبلت لزمها تسليمه او قيمته ان عجزت وان اضافه لها على غير بان قال
على عبد فلان اعتبر قبول فلان لان البدل اضيف اليه ولذا لو قال الزوج لرب العبد خلعت امرأتي
على عبدك لان العبد اضيف اليه ولو كان الزوج قال لها خالعتك على عبد فلان او قالت هي لخلعني على الف
فلان توقف على قبولها لان الخطاب جرى معها فكانت هي الداخلة في العقد ولو قال لخلعني على الف
على ان فلانا ضامن فاجاب فالخلع صحيح لانها العاقدة وتوقف ضمان فلان على قبوله ولو وكلت من يخلعها بالف
فخلع فالمال على الوكيل لان حقوق العقد في الخلع ترجع اليه بخلاف الوكيل بالنكاح اذا
ضمن فانه لا يرجع على الزوج الا اذا ضمن بامره لان فائدة الامر جواز النكاح لانه لا يملك انكاحه بغير امر
والصلح عن دم العمد كالخلع في جميع ما ذكرنا **فروع** تعلق بالباب المختلعة يلحقها صريح الطلاق
عندنا وقد تقدم فيما سلف وبه قالت الظاهرية وهو قول ابن مسعود وعمران بن الحصين وابي الدرداء
وسعيد ابن المسيب وشريح وطاوس والزهري والنخعي والحكم وحماد ومكحول وعطاء والثوري وعند
مالك والشافعي واحمد لا يلحقها وبائنا ولها الطلاق في قوله لنسائي طوالق عندهم ولو قال لها الكنايات
التي يقع بها الرجعي مثل اعتدي استبري رحمك انت واحدة ينوي الطلاق ويقع عليها طلقة بائنة عند
ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد رضي الله عنهم لما روي انه صلى الله عليه وسلم قال المختلعة لا يلحقها صريح الطلاق
وان كانت في العدة ويروى عن ابن عباس ولنا ما رواه ابو داود بسناده في الاملاء عن النبي صلى الله عليه وسلم
قال المختلعة يلحقها صريح الطلاق ما دامت في العدة وحديثهم لا اصل له ذكره سبط ابن الجوزي في تذكرته
الاخفش امرأة قالت خلعت نفسي منك بالف ثلاث مرات فقال رضيت او اجزت كان ثلاثا
بثلاثة الاف خلع امته على رقبتها وزوجها عبدا او مدبرا او مكاتبا صح لانها تصير ملكا للمولى ولو كان حرا
لا يصح لانه لو صح ملكها اياه لملكها التزوج به فيبطل النكاح وهي بطل لكنه يقع طلاق بائن لانه بطل
البدل وبقي لفظ الخلع وهو طلاق بائن تحت حرامتان دخل بها فخلعها سيدها على رقبة الصغري
فالخلع واقع على الكبرى وبطل الخلع في التي خلع على رقبتها وهي الصغري لانه امكن تصحيح الخلع على الكبري
لان الطلاق لم يتأثر ملك الزوج فيها بخلاف الصغري لان الطلاق في حقها يتأثر ملك الزوج بعض رقبتها
فتقسم الصغري على مهر يهما لانه جعل بدلا عن طلاقهما فما اصاب مهر الكبري فهو للزوج وما اصاب الصغري
فهو للمولى ولو خلع ثلاثا على رقبة الاخري طلقت ثنتين مجانا لان ملك رقبة كل منهما يتأثر ملك الزوج
الطلاق ولا يسلم للزوج شيء من البدل امرأة لها اباعم وهما اولادها تزوجت احدهما وعقل ثم مات خلعت

مهرها في مرض موتها والمال لها غيره ومات في العدة فالمهر بينهما ولا يعتبر من الثلث ولا يصح ذكر البدل في حق
الوارث فيبقى لفظ الخلع متبينين وبائنان بالعنوانية فلو كان للزوج عليها مهر فمات في العدة فهو طلاق رجعي
فله النصف ميراث الزوجية والباقي بينهما نصفان **قاعدة** في الطلاق على مال الاصل انه متى ذكر
طلاقين وذكر عقيبها مالا يكون متقابلا بهما فليس احدهما مصروفا للبدل اليه او على الاخر الا اذا وصف
الاول بما ينافي وجوب المال فيكون المال حينئذ متقابلا بالثاني ووصفه بالمنافي كالتنصيص على ان
المال بمقابلة الثاني وان شرط وجوب المال على المرأة حصول البينونة لانها انما تلتزمه لتملك
نفسها فلو قال لها انت طالق الساعة واحدة وغدا اخري بالف او قال ان طلقتك غدا اخري بالف
او قال اليوم واحدة وغدا اخري بالف فقبلت يقع واحدة بالف وغدا اخري بخمسمائة في الحال
بغير شيء الا ان يبدو ملكه قبله لانه جمع بين تطليقتين منجز ومعلق مضافه لما بعد الغد وذكر عقيبها
مالا فانصرف اليها لا يري انه لو ذكر مكان البدل استثنا ينصرف اليها فيقع اليوم واحدة بخمسمائة
فاذا جاء غد يقع اخري لوجود الوقت المضاف اليه ولا يجب شيء لان شرط وجوب المال بالطلاق
الثاني حصول البينونة ولم تحصل لحصولها باليوم حتى لو نكحها قبل مجيء الغد تقع اخري بخمسمائة
لوجود شرط وجوب المال ولو قال انت طالق الساعة واحدة رجعية او بائنة او متى ما شئت او انت
طالق غدا بالف يقع في الحال واحدة مجانا وغدا اخري بالف لتعذر الصرف اليها لانه وصف الاولي
بما ينافي وجوب المال الا ان في قوله بائنة يشترط التزوج موجب المال بالثاني ولو قال طالق
ثلاثا للسنة بالف فقبلت تقع في الطهر الاول واحدة بثلث الالف وفي الطهر الثاني اخري مجانا
لانها بائنة بالاولي ولا يجب بالثانية المال الا اذا نكحها قبل الطهر الثاني فحينئذ تقع اخري بثلث
الالف وفي الطهر الثالث كذلك والله سبحانه اعلم **فروع** لو كان العوض ذكر شمس
الائمة انه يبرأ كل عن صاحبه قال خواهر زاده هذا احد الروايتين عن ابي حنيفة وهو الصحيح فان لم
يكن على الزوج مهر فعليها رد ما بين المهرين ان المال مذكور عرفا بذكر الخلع وفي رواية عن ابي
حنيفة وهو قولهما لا يبرأ احدهما عن صاحبه ولا يبرأ عن نفقة العدة ومؤنة السكنى في قولهم جميعا
الا اذا شرط في الخلع فتخلع في الخلاصة وكذا ذكره المسعودي اعني رد ما المهر وذكر في الوجيز فيما اذا قال
اختلعي فقالت اختلعت عن خواهر زاده انه يقع طلاق بائن ولا يكون خلعا كانه قال طلقي نفسك
بائنا فقالت طلقت ثم استشكله على ما حكي من رد ما ساقه اليها من الصداق اذا كان متبرعا
اذ لم يجعل كانه قال طلقتك بائنا هذا مذكور في غير موضع ذكر في التجنيس اذا قال اختلعي فقالت اختلعت
تطلق وفرق بينه وبين ما اذا قال استبرئي نفسك مني فقالت استبرأت لا تطلق بان اختلعي امر بالطلاق
بلفظ الخلع والمرأة تملك الطلاق بامر الزوج بخلاف استبرئي نفسك لانه امر بالخلع الذي هو معاوضة اذ لم
يكن البدل متقدرا فان قدر بان قال مهرك ونفقة عدتك وقالت اشتريت صح في رواية وهو
المختار ويرد بالرواية الاخري ما ذكر في غير موضع انه اذا قال اشتري نفسك مني بكذا فقالت
اشتريت لا يقع ما لم يقبل الزوج بعث وكذا الروايتان فيما اذا قال لاختلعي مني بكذا او ذكر مالا متقدرا
فقالت اختلعت في رواية كتاب الطلاق لا يصح ما لم يقبل الزوج خلعت وفي رواية كتاب الوكالة
يصح ويبرأ الزوج عن المهر وهو الاصح واما الجواب عن الاشكال فيحمل سقوط المهر وجعله بدلا فيما
اذا لم ينو به خلعا بغير مال وحمل كونه طلاقا بائنا بالمال على ما اذا نوي به كونه بالمال وهذا الان مطلق
الخلع ينصرف الى العرفة بعوض فيحمل عليه الا بوجب فاذا لم يسميا ما لا انصرف الى المهر الا ان ينوي
خلافه ويدل على هذا ما في المنتقى قال ابو يوسف اذا قال لها اخلعي نفسك فقالت قد خلعت نفسي
لا يكون خلعا الا على مال الا ان ينوي بغير مال وافرق بين خلعتك فاذا قال خالعتك ينوي به
الطلاق ومنع ويبرأ الزوج عن المهر وعلى هذا فلا يلزم هذا الحكم الا اذا اتفقا على عدم النية وما يوجب

حمله على مجرد الطلاق المصرح بنفي المال كما اذا قال اختلعي مني بغير شئ فالخلع واقع بلا مال لانه صرح بنفي المال
نقله عن محمد الفضلي والطلاق بائن وعليه ما ذكرنا من ان حقيقته ما فيه المال لو قال اجنبي اختلع امراتي لم يملك
خلعها بلا عوض ولم تحمل كقوله طلقها بائن ولو قال اختلعي على مال ادبما شيت ولم يقدره فقالت اختلعت
على الف تابع ما لم يقبل الزوج خلعتك او نحو اجزت فرق بين هذا وبين ما اذا قال الزوج اختلعي نفسك
مني بالف والبائن كما له بحيث يتم والفرق ان التفويض في المسئلة الاولى لم يصح لانا لبدل المجهول
فلو صح صار الواحد مستزيدا مستنقصا وهذا مفقود في الثانية فلو لم يصح الا لا يصح لمضاده الحقوق
وحقوق الخلع لا ترجع الى الوكيل اذ الفقها اختلعت منك بالمهر ونفقة العدة بالعربية وهي لا تعلم
معناه او لقنها ابرائك من نفقة العدة قيل يصح والاصح لا يصح لان التفويض كالتوكيل لا يتم الا بعلم
الوكيل والابراء عن نفقة العدة والمهر وان كان اسقاطا لكنه اسقاط يحتمل الفسخ فصار شبيه
البيع وكل المعاوضات لا بد فيها من العلم وهذه صورة كثيرا ما تقع قال ابو حنيفة من كل حق يكون للنساء
على الرجال فقالت ابرائك من كل حق يكون للنساء على الرجال فقال في فورها طلقتك وهي مدخول بها
يقع بائنا لانه بعوض واذا اختلعت بكل حق لها عليه فلها النفقة ما دامت في العدة لانها لم تبن لها حق
حال الخلع فعند طهران لتسمية كل حق لها عليه وكل حق يكون للنساء صحيحه وينصرف الى التابين لها اذا كان
وبعض النساء فيه لا يصح هذا الجهالة وهذا عندنا عموم الاجمال ولو تزوجها على الف ثم طلقها بائنا
ثم تزوجها ثانيا على الف اخرى ثم اختلعت منه على مهرها لا يبرا الزوج الا من الثاني دون المهر
الاول ولو جاء رجل باجنبية وكل امراته في خلعها فخلعها على الف فانكرت التوكيل فان كان من
المال للزوج وقع الطلاق ولم يجب له مال وان لم يدع ذلك لا يقع الطلاق لانه طهران الخلع موقوف
على قبولها فان كان الزوج باع منه تطليقه بالف قال الصفار يقع الطلاق ممن له المهر والكمال لفظه
البشر الفظة الضان وقال ابو بكر الاسكاف هذا والخلع سواء وعليه الفتوى ولو ادعى الرسالة
من امراة الرجل اليه بان يطلقها او يمسكها فقال الزوج لا امسكها بل اطلقها فقال الرسول ابرائك
من جميع مالها عليك فطلقها فانكرت المراة ما ابرا والرسول يدعيه فان ادعى الزوج رسالتها
او دفعها اياه كذلك وقع وهي على حقها وان لم يدع فان كان الرسول قال ابرائك من حقها عليك
على ان تطلقها فالطلاق غير واقع لان هو فوع الطلاق بالمهر موقوف على اجازتها وان لم يقل
ذكر امر الحكمين فيه وهو منصوص عليه في كتاب الله تعالى قال الله تعالى ان خفتم شقاق
بينهما فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما صغير يريد الحكمين
وصغير بينهما للزوجين وقيل للحكمين ايضا وقيل للضمير ان للزوجين والاول ان يكون الحكمان
من اهلهما كما ذكر الله تعالى وانما كان اولى لانهما اخبر بباطن امرهما واشفق عليهما وبه قال
الشافعي واحمد وقال مالك يشترط كونهما من اهلهما الا ان لا يوجد من اهلهما من يصلح
لذلك وقلنا المعنى المفهوم الذي قلناه صارف عن تعيين كون المراد ذلك ثم قول الحكمين
نافذ في الجمع والتفريق شوكيلهما عندنا وبه قال الشافعي في الاصح واحمد وهو قول عطا
وقتادة والحسن ولمالك تردد وقال مالك قولهما في ذلك نافذ من غير توكيل وهو قول
الاوزاعي واسحق وردي عن عثمان وعلي قولنا ليس للحاكم ان يطلق ولا يبرا من مالها فكيف
يفعل ذلك بابنه وفي احكام القرآن للرازي عن سعيد بن جبير يعظها الزوج فان انتهت
والا هجرها فان انتهت والا ضربها فان انتهت والا رفع امرها الى السلطان فيبعث حكما
من اهله وحكما من اهلها وايهما كان اظلم رده الى السلطان فاخذ فوق يده كالعنين والمجبوب
والحاكم هو الذي يتولى النظر في ذلك والفصل بينهما ولو ادعى النشوز وادعت هي ظلمه

وتقصيره في حقوقها يفعل الحاكم ما يتفقان عليه من الجمع والتفريق وليس لهما ان يجمعا ولا ان
يفرقا بغير امرهما وما زعم اسمعيل المالكي من ان ابا حنيفة واصحابه لم يعرفوا امر الحكمين
اخبارا ربما ينبغي لعدم العلم والاولى لانسان حفظ اللسان وما قال الوكيل لا يسمى حكما ممنوع بل
الوكالة توكد معنى لحاجة لقبول قولها عليها والحكمان بعضيان امر الزوجين فاذا قصد الحق
وفقهما الله للصواب اذ هما موكلان للجمع والتفريق فعليهما الاجتهاد وطلب الخير لهما وكلما ورد عن
السلف ان فعل الحكمين جايز عليها فهو محمول على رضاها اذ لم يقض على انه جايز غير رضى الزوجين
وهذا لانه غير جايز لهما ان يطلقا امراة الغير بغير اذنه ولا ان يدفعا ماله بغير اذن صاحبه
بخلاف قضاء دينه اذا امتنع منه لان ذلك احيال الحق ليصل مستحقه والحق للزوج في مالها قال
تعالى لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وقال عليه السلام لا يحل
مال امرئ مسلم الا بطيب من نفس والحكمان انما بعثا للصلح وليعلم ظلم الظالم منهما فينكر عليه ظلمه
فاذا لم يقبل اعلم الحاكم ليدفع ظلمه فالحكمان شاهدان في حال ويصلحان في حال اذ هو من الهما
وقول من قال يفرقان وتخلعان من غير توكيل غير مقبول عندنا وليس ما روي عن علي رضي الله
عنه شاهدا في ذلك

باب الظهار

مناسبته بالخلع ان طلاقها يكون
على النشوز ظاهرا وقدم الخلع لانه الحل في باب التحريم اذ هو تحريم يقطع النكاح وهذا ابغ بقاياه
والظهار لغة مصدر ظاهر وهو مفاعلة من الظهر فيصح ان يراد به معنى وهو ان مختلفة ترجع
الى الظهر معنى ولفظا بحسب اختلاف الاغراض فيقال ظاهرت اي قابلت ظهرك بظهره
حقيقة واذا غايظته ايضا وان لم تواجهه حقيقة باعتبار ان المعارضة تقتضي هذه المقابلة
وظاهرته اذا تظهرت به باعتبار انه يقال قوى ظهره اذا تظهر وظاهر مني امراته واظهر
وتظاهر وظهر وتظهر اذا قال انت علي كظهر امي وظاهر بين ثوبين اذا لبس
احدهما فوق الاخر على اعتبار رجل ملبوس به كل منهما الاخر ظهر الثوب وغاية ما يلزم كون
لفظ الظهر في بعض هذه التراكيب مجازا او كونه مجازا لا يمنع الاشتقاق منه فيكون للمشتق
مجازا ايضا واما عدي بمن مع انه يتعدي بنفسه لتضمنه معنى التبعيد لانه كان طلاقا
وهو مبعد ثم قيل الظهر هنا مجاز عن البطن لانه انما يركب البطن فكظهر امي اي كبطنها بعلاقة
المجاورة ولانه عمود لكن لا يظهر ما هو الصارف عن الحقيقة من الكلام وقيل خص الظهر لان
اتيان المراة من ظهرها كان حراما فاتيانه من ظهرها احرم فكثر التغليظ وفي الشرع هو تشبيه
الزوجة او جزء شائع او معبر به عن الكل مما يحل النظر اليه من المحرمة على التابيد
ولو برضاع او مصاهرة وزاد في الزيادة قيل الا شعاق احترازا عما لو قال انت علي مثل امي
وخالته او من زنى بها او بنتها لم يكن مظاهرا فسنذكر ما هو التحقيق ان الله تعالى وان فرق
بين كون ذلك العضو الظهر او غيره مما يحل النظر اليه وانما خص باسم الظهار تغليبا للظهر لانه
كان الاصل في استعمالهم وشرطه في المراة كونها زوجة وفي الرجل كونه من اهل الكفارة فلا يصح
ظهار الذمي كالصبي والمجنون وركنه اللفظ المشتمل على ذلك التشبيه وحكمه حرمة الوطي
ودواعيه لا وجوب الكفارة به واختلف في سبب وجوبها فقال في المنافع يجب بالظهار
والعود لان الظهار كبيرة فلا يصلح سببا للكفارة لانها عبادة او العقاب فينافي معنى العبادة
ولا يكون المحظور سببا للعبادة وعلق وجوبها بما يحقق معنى الحرمة باعتبار العود الذي
هو امساك بمعروف فيكون دائرا بين الحظر والاباحة فيصح سببا للكفارة الدايرة
بين العبادة والعقوبة وقيل سببه وجوبها العود والظهار شرط ولفظ الاية
يحتملها وهو قوله تعالى والذين يظهرون من نسايهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة الى اخره

فيمكن كون تركيبها عليها او على الاخير لكن اذا امكن العبادة سببا فهي الاصل بالنسبة الى التركيب
فلذا قال في المحيط سبب وجوبها العزم على الوطي والظهار شرط وهو تبعا على ان المراد من لفظ العود
في الاية العزم على الوطي واعترض بان الحكم يتكرر بتكرر سببه لا شرطه والكفارة تتكرر بتكرر
الظهار لا العزم وكثير من مشايخنا على انه العزم على اباحة الوطي تبعا على ارادة المضاف في الاية اي
يعودون لضد ما قالوا والمدار كما ترى المقول منزلة القول ويرد عليه ما يرد على ما قبله
وهذا تبعا على عدم صحة ارادة ظاهرها وهو تكرار نفس الظهار كما قال او للحد بتين اللذين يرد بهما
فان ظاهرها عدم تعلق الكفارة بتكرره ويرد ان بمجرد العزم لا يتقرر الكفارة عندنا كما نص عليه في المبسوط
حتى لو ابانها او مات بعد العزم لا كفارة قال فهذا دليل على انها غير واجبة لا بالظهار ولا بالعود
اذ لو وجبت لما استقلت الموجب الظهار بثبوت التحريم فاذا اراد رفعه وجب عليه في رفعه
الكفارة كما يقول لمن اراد الصلاة الناقلة يجب عليك ان صليتها ان تقدم الوضوء وعند ان قال في
ضمه ان تعالى يوم سكوته بعد ظهار قد ما يمكنه فيها ورد بان شرعية الكفارة لرفع الحرمة والجناية
والظهار لم يوجب تحريم العقد ليكون الامساك عن فيها قد يكون الامساك عن فيها جناية
ليسعى في امر الكفارة وتحصيلها او للتدرج في فيها فقد يكون الامساك عن فيها جناية
ولا يتم رفعه سببا للكفارة واعلم ان هذه الحرمة لا ترفع الا بالكفارة بالملك وبالتزوج ثانيا حتى لو طلقها
بعد الظهار ثلاثا فعادت اليه بعد زوج احرار كانت امته فملكها بعد ما طاهرها لاجل قربانها
حتى يكفر فيها والمراة ان تطالبه بالوطي وعليها ان تمنعه من الاستمتاع بها حتى يكفر وعلى القاضي ان
يجبره على التكفير دفعا للضرر عنها بحبس فان ابى ضربه ولا يضرب في الدين ولو قال قد كفرت صدق
ما لم يعرف بالكذب والفاضه صريح وكناية وسنذكرهما وسبب نزول شرعيته قصة خولة او خويلة
بنت مالك بن ثعلبة قالت ظاهر مني زوجي اوس بن الصامت فجئت رسول الله صلى الله عليه وسلم اشكو اليه
ورسول الله صلى الله عليه وسلم يجادلني فيه ويقول اتقي الله فانه ابن عمك فما برحت حتى نزل القرآن قد
سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي الى الله الى الفرض قال يعسر فيه فقال الجد قال
يصوم شهرين متتابعين قلت يا رسول الله انه شيخ كبير ما به من صيام قال فليطعم ستين مسكينا قالت
ما عنده شيء يتصدق به قال فاني سأعينه بعرق من تمر قلت يا رسول الله وأنا سأعينه بعرق آخر
قال قد احسنت قال فاذهبي فاطعمي بها عنه ستين مسكينا وارجعي الى ابن عمك قال والعرق ستون
صاعا رواه ابو داود وقيل هو مكيال يسع ثلاثين صاعا قال ابو داود وهذا اصح وهذا الحديث الفاظ
اخر رواه بن ماجة وغيره قوله اذا قال الرجل لامراته انت علي كظهر امي فقد حرمت عليه
ومن محمد المظاهر ان يقربها اذا قدم من سفر للشقة وكذا اذا قال انت مني كظهر امي او انت
عندي او مني وكذا اذا قال انا منك مظاهر وقد ظاهرت منك ومني الحق لفظ المشيئة لا يثبت
ولو قال انت علي كظهر امي ان شاء الله تعالى لم يلزمه شيء ولو قال انت طالق فالمشيئة اليه قوله
وهذا يوجب التحريم بالظهار ثم ارتفاعه بالكفارة لانه اي الظهار جناية كبيرة منكرة
من القول وزور وبالنص فيناسب المجازاة على هذه الجناية بالحرمة وارتفاع هذه الحرمة بالكفارة
قوله ثم الوطي اذا حرم حرم دواعيه تفيد هذه العبارة ان هذا هو الاصل فطريق التحريم
محرم وعلى هذا استمر في الاستبراء والاحرام والاعتكاف وثبت من الشرع خلافه في الصوم والحيض
فان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل احدى نسائه وهو صائم وبه حديث عائشة رضي الله عنها كان يباشرني
ان انا رفيعة شرعي وانا حائض فوجب البحث عن حكمة الفرق شرعا بين هذه الامور لينظر هل الظهار
من قبيل ما يقتضي الفرق تحريم الدواعي فيه كما قلنا تحريم الوطي وهو قول الزهري والاوزاعي والنخعي
وقول الشافعي ورواية عن احمد ان حرمة الوطي تضا بنزله تعالى من قبل ان يتماسا وهو كناية عن

الجماع فلا يتناول غيره او تعليلها كما قال الشافعي هو احمد في قوليه الاخر فنظرنا فعقلنا ان حكمته لزوم
الحرج لو حرمت الدواعي في الصوم والحيض لكثرة وقوعها ووقوع ضدها من النظر والطهر فعالي
كثرة وقوعها يلزم الحرج بمنع الدواعي وعن كثرة وقوع الضدين الطاهرين يكثرة وجود الجماع ينتفي لزوم
شرع الزاجر المبالغ فيه فلا يحرم الدواعي بخلاف الظهار والاستبراء والاحرام لا يكثر بالنسبة لما كل
شخص شخص فاستمر على الاصل وتقدم له في الاعتكاف الفرق بينه وبين الصوم في حرمة الدواعي فيه
في الصوم بان الجماع محظور الاعتكاف والاحرام بخلاف الصوم لان الكف عنه ركنه فلا يتعدى الى دواعيه
ونذر باحاصله ان الفرق للفرق بين المحرم الثابت بمضمن الامر المحرم الثابت بالنهي لما كان الثابت
اقوى بسبب ان النهي تناوله منصوصا فتعدى الى الدواعي بخلاف الثابت في ضمن الامر فانه لم تتعلق
به نهي اصلا بل طلب شيء يستلزم وجوده عدم ذلك فحرم ذلك لتاديته الى تفويت المطلوب لا مقصودا
فلم تتعدى الى دواعيه فافترق الحالين الاستبراء والاحرام والاعتكاف لثبوت حرمة الجماع فيها بالنهي
قال تعالى ولا تباشروهن وانتم عاكفون في المساجد ولا رفث ولا فسوق نفي مستعار للنهي للتاكيد
وقال صلى الله عليه وسلم لا تنكح الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرين بحيضة وقال تعالى في
الاخيرين فاعتزلوا النساء في المحيض ثم امتد الصيام فلما كان هذا يقتضي عدم حرمة الدواعي لان
المذكور في الاية الامر بالكفارة قبل التماس وهو قوله فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا فانه مصدر
واقع بدلا من اللفظ بالفعل فيحرم الجماع لتضمنه المامور به وهو الكفارة قبل التماس وانه
يقتضي حرمة الدواعي في الحيض لان اعتزلوا هو نفس معنى النهي حتى انهم لم يمثلوا للنهي عن البيع وقت
النداء الا بقوله تعالى وذروا البيع ولم يسموا الا منهيا عنه وهو صحيح لان النهي للتضمن طلب الترك
عدل الى ما ذكر والتحقيق ان الدواعي منصوص على منعها في الظهار والمذكور في وجه الفرق انما هو حكمه
الفرق بين الظهار وما ذكر انما وجب كونها منصوصا على منعها فان قوله تعالى من قبل ان يتماسا موجب
فيه للحمل على المجاز لامكان الحقيقة ويحرم الجماع لانه من افراد التماس فكل من القبلة والمس والجماع
افراد التماس فيحرم الكل بالنص وظهر فساد قول المخالف والله اعلم قوله لقوله صلى الله عليه وسلم
روى اصحاب السنن الاربعة عن بن عباس رضي الله عنهما ان رجلا ظاهر من امراته فوقع عليها قبل ان يكفر
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما حملك على هذا فقال رايت خلخالها في ضوء القمر وفي لفظ بياض ساقها
قال فاعتزلها حتى تكفر ولفظ بن ماجة فهجك رسول الله صلى الله عليه وسلم وامره ان لا يقربها حتى يكفر
قال الترمذي حديث حسن صحيح غريب وفي لكن هذا الحديث صححه ابن دقيق العيد في مختصره بانه
صححه الترمذي رجاله ثقات مشهور سماع بعضهم من بعض وروى الترمذي عن اسحق بن راهويه
السند عن سلمة ابن صخر البياضي عن النبي صلى الله عليه وسلم في المظاهر يواقع قبل ان يكفر قال كفارة واحدة
وقال حديث حسن غريب واما ذكره الاستغفار في الحديث فالله اعلم به وهو في المطا من قول مالك
ولفظه قال مالك فيمن يظاهر ثم يمس قبل ان يكفر يكف عنها حتى يستغفر الله ويكفر ثم قال وذلك
احسن ما سمعت قوله فلو كان شيء اخر واجبا لنبه عليه لانه مقام البيان وتاخير البيان
عن وقت الحاجة لا يجوز فعلم ان المذكور تمام حكم الحادثة فلا يجب كفارتان كما نقل عن عمر بن العاص
وقبيصة وسعيد بن جبير والزهري وقتادة وثلاث كفارات كما عن الحسن البصري والنخعي قوله
وهذا اللفظ اي قوله انت علي كظهر امي لا يكون الا ظهارا وان نوى به الطلاق او الايلاء او قال انوي
شيئا لانه صريح فيه وانما اليه اتباع المشروع لا تغييره وهذا يعم ما قلنا وما في الكتاب يخص قصد
الطلاق ولو قال اردت به الخبر عن الماضي كذبا لا يصدق في القضاء ويصدق فيما بينه وبين الله
تعالى كذا في التحفة ولو قيل المنسوخ كون هذا اللفظ طلاقا وهو لا يستلزم في صحة ارادته
به احتاج الى الجواب وهو كلفظ انت طالق جعل شرعا لوقوع الطلاق على المخاطبة ويصح ايراد

غيره فلا يقع فيما بينه وبين الله تعالى كذا في التحفة **قوله** ليس الاتشبيه المحللة بالحرمة اللام فيها للعهد
اي المحللة بعقد النكاح بالحرمة على التابيد لانها المعهود تان فيما سبق من ذكرها **قوله** وهذا المعنى
يعني تشبيه المحللة بالمحرمة تحقق في التشبيه ببعض ايحل النظر اليه على التابيد لما كان الظهار كلاما
تشبيها مشتملا على المشبهة والمشبه به وجب اعطاء ضابطها في المشبهة ان تذكر هي او جزء شايع
منها او جزء معين يعبر به عن جملتها كالراس والرقبة والفرج والوجه وتقديم بيان التعبير بها عن الكل
في الطلاق والنصف والثلث في الاول وفي للمشبهة بها ان تذكر هي او عضو منها لا يحل النظر اليه على التابيد
الا ان مع ذكرها ينوي فحاسباتي اذا عرفت هذا فعبارته اعني قوله وكذا اذا شبهها بمن لا يحل النظر اليها
الى قوله مثل امه وعمته وامه من الرضاع ليست جيدة لان ظاهرها حرمة النظر الى هو من الرضاع
وانما المعنى اذا شبهها بجزء لا يحل النظر اليه فلو قال انت علي او راسك او وجهك او رقبتك او فرجك
او نصفك او ثلثك كظهر امي او خالتي او ام زوجتي او كفرجها او بطنها او فخذها او الثريا كان ظهارا
ولو قال يدك او رجلك او شعرك او ظفرك او سنك او بطنك او فخذك او جنبك او ظهرك كظهر امي
او فرجها الى اخره ما ذكرنا لم يكن ظهارا لان هذه الاشياء مما يجوز النظر اليها او مسها بغير شهوة ولو قال انت
علي او راسك الى اخره ما قلنا كيد امرا جنبها الى اخره لم يكن ظهارا لانتفاء به من جهة المشبه بها
وكذا لو قال يدك او رجلك الى اخره علي كيدها او كرجلها الى اخره لا يكون ظهارا لانتفاء من الجهتين
واذا احكمت هذه الاصلين امزجت فروعا كثيرة من تضاعيف ما جمعناه مثل ان قال رجلك كفرج امي فرجلها
كفخذ امي يكون ظهارا بطنك كفرجها لا يكون ظهارا ووجه الاعتبار في المشبهة بكون العضو مما يعبر
عن الجملة والجزء اذا شايع ما اذا علق به الطلاق لانها هي المحرمة كما مطلقة هناك وقد بيناه هناك
وفي المشبهة بما يكون النظر اليه من المحرمة ما ذكره بقوله لان الظهار ليس الاتشبيه المحللة
الى اخره وقد تمسكنا به في اول هذا البحث **قوله** لا بعض اي اخته وعمته وامه من الرضاع في التحريم
لما بيد كالام خلاف قوله انت علي كظهر عمتك او اختك لان حرمتهن ليست على التابيد بل موقتة
بانقطاع عصمته لها ثم المراد تابيد الحرمة باعتبار وصف لا يمكن زواله فان المجوسية محرمة على
التابيد ولو قال كظهر مجوسية لا يكون ظهارا ذكر في الجوامع ان التابيد باعتبار دوام الوصف
وهو غير لازم لجواز اسلامها بخلاف الامية والاختية وغيرها لا يقال يرد عليه ان تراخ تابيد الحرمة
عن الظاهر من مراته ثم قال الاخرى انت علي مثل هذه ينوي الظهار فهو مظاهر ولو بعد موتها وبعد
الكفير مع ان المظاهر منها ليست محرمة على التابيد لان ثبوت الظهار فيها باعتبار تضمن قوله
لها انت علي كظهر امي لان تشبيهها بمن قال لها ذلك انما هو في ذلك فالظهار فيها باعتبار خصوص وجه
الشبهة المراد لا باعتبار نفس التشبيه وكذا لو كانت امراة رجل اخر ظاهر زوجها فقال انت علي مثل
فلانة او مثل فلانة ينوي ذلك صح ولو كان لم يدر سرتها ونية التحفة لو شبه بامراة محرمة عليه في الحال
وهي ممن تحل له في الحالة اخرى مثل اخت امراته وشبه بامراة اجنبية او ممتدة لم يكن مظاهرا
لان النص ورد في اللام وهي محرمة على التابيد وقد علمنا ان هذه كنايات فلا يكون ظهارا الا بلا
بالنية وبعد اشتراط التابيد لحرمة هل يشترط الجماع عليها شرطه في النهاية ليخرج ام المسزني
بها وبنتها لانه لو شبهها بهما لم يكن مظاهرا وعزاه في شرح الطحاوي الى الخلاف منقول في هذه
فهم من قاله عند ابي يوسف يكون مظاهرا خلافا لمحمد بناء على نفاذ حكم الحاكم ولو قضى بحلها عند محمد
ينفذ خلافا لابي يوسف ومنهم من قال عند ابي حنيفة وابي يوسف يكون مظاهرا خلافا لمحمد بناء على نفاذ
حكم الحاكم بحل نكاحها وعدمه فظهر مما نقلنا ان مبنى ثبوت الخلاف في الظهار وعدمه ليس كون الحرمة
المؤبدة مجمعا عليها او قابل كونها يسوغ فيها الاجتهاد او عدمه فتسويغ الاجتهاد لوجود الاجماع
او النص الغير المحتمل للتاويل من غير معارضة نص اخر في نظر المجتهد وان كانت المعارضة ثابتة

في الواقع ولهذا تختلف في كون المحل يسوغ فيه الاجتهاد وفي نفاذ حكم الحاكم بخلافه ولذا فرق في المحيط
بوجود النص على الحرمة بالوطي وعدمه حيث قال لو قبل امراة او لمسها بشهوة ثم شبه امراته بفرجها
لا يكون مظاهرا عند ابي حنيفة ولا يشبه هذا الوطي لان حرمته منصوص عليها وفي الدراية في كظهر اختي
من لبن الفحل لا يكون مظاهرا من غير ذكر خلاف مع انها محرمة على التابيد كانهم التفتوا الى تسويغ الاجتهاد
فيها مع ان في حرمة عموم نص يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وقوله صلى الله عليه وسلم يلج عليك افلح فانه د
عمك من الرضاعة لكن ذلك خص منه ما ذكر في الرضاع والثابت انما يفيد ثبوت اختيه بنت الفحل من غير
التي ارضعت لا في النزاع ومثله ما رايت لو شبهها بامراته الملاعن منها لم يكن مظاهرا من غير ذكر خلاف مع
ان ابا يوسف يرى تابيد حرمتها لتسويغ الاجتهاد اما اذا اراد من ارضعتها نفس الفحل بان نزل له لبن فلا
اشكال لكنه بعيد من عاداتهم في اطلاقهم ولانه لا اختيه هناك اصلا وما يشكل ما ذكر في الدراية ايضا
نقلا عن شرح الغدوري رحمه الله ذكر ابو بكر بامراة ابنه فشبهها بامها او ابنتها يصير مظاهرا عند ابي
يوسف رحمه الله ولا ينفذ عنده حكم الحاكم بحلها له وعند محمد رحمه الله لا يصير مظاهرا وينفذ حكم الحاكم وهذا مشكل
كان غاية امر حرمة الاب والابن ان تكون كام زوجة الاب والابن والاحرم ام زوجة الاب على الابن
وام زوجة الابن على الاب فليس التشبيه هنا بالحرمة ولو شبه بظهر ابيه او بظهر اجنبي لم يكن
ظاهرا ولو شبهها بفرج ابيه او فخذه قال في المحيط ينبغي ان يكون مظاهرا اذ فرجها في الحرمة كفرج
امه وفي كافي الحاكم رحمه الله المراة لا تكون مظاهرة من زوجها من غير ذكر خلاف وفي الدراية لو قالت
هي انت علي كظهر ابي او انا عليك كظهر امك لا يصح الظهار عندنا وفي المبسوط عن ابي يوسف عليها كفارة
يمين وقال الحسن بن زياد هو ظهار وقال محمد ليس بشيء وهو الصحيح وفي شرح المختار حكي خلاف ابي يوسف
والحسن على العكس وكذا في عين وفي الينابيع والروضة كالاول قال هو يمين عند ابي يوسف ظهار عند الحسن
ولو ظاهر من امراته ثم اشترى امراة اخرى كان مظاهرا منها **قوله** ولو قال انت علي مثل امي هنا الفاظ ان
ومثل امي كامي حرام كظهر امي ففي انت امي لا يكون مظاهرا وينبغي ان يكون مكروها فقد صرحوا بان قوله
لزوجته يا اخيه مكروه وفيه حديث رواه ابو داود وعن ابي تميمة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سمع رجلا
يقول لامراته يا اخية فكره ذلك ونهى عنه ونحن نعقل ان معنى النهي هو انه قريب من لفظ التشبيه
المحللة بالمحرمة الذي هو ظهار ولولا هذا الحديث لامكن ان يقال هو ظهار لان التشبيه في انت امي
اقوى منه مع ذكر الاداة ولفظ اخيه في يا اخية استعارة بالاشك وهي مبنية على التشبيه لكن الحديث
المذكور افاد كونه ليس ظهارا حيث لم يبين فيه كما سوى الكراهة والنهي عنه فعلم انه لا بد في كونه
ظهارا من الصريح بادائه التشبيه شرعا ومثله ان يقول لها يا بنتي او يا اختي ونحو وفي مثل امي او كامي
ينوي فان نوى الطلاق وقع بانيا لقوله انت علي حرام وان نوى الكرامة او الظهار فكما نوى لما في الكفايات
وافاد انه كناية في الظهار فعلم ان صريحه بكون التشبيه بعضو وان لم يكن له نية فليس عندهما وهو ظهار
عند محمد رحمه الله وجه قوله ان المعنى الشديد في هذا اللفظ الظهار لوجود التشبيه بالبعض في ضمن
الكل عينا نه عدل عنه فيما اذا كان له نية بنى يصح ارادته من اللفظ الى ذلك المعنى تصحيحا لارادته
وحمل على معنى عنده الكرامة وذلك ان المفيد للكرامة بطريق الحقيقة لفظ انت عندي مثل امي او كامي
لحين لم يعرفه عن مقتضاه نية عمل بموجبه في نفسه ولهما ان بينما كون الصراحة تثبت بالتشبيه
بالجزء حال كونه في ضمن التشبيه بل اذا كان التشبيه به ابتداء فيما اذا كان التشبيه بكلا يبقى
مجالا في جهة التشبيه فالتعيين مراد مخصوص بحكم بنى خصوصا والحمل على الظهار حمل على المعصية
ولا يجوز الزام المسلم المعصية من غير قصد اليها والفظ صريح فيها وما امكن صون تصرفات عنها
وجب اعتبار ذلك في حقه وان نوى به التحريم لا غير فالحصف حكي فيه خلافا بينهما ولذا غير
فعند محمد ظهار لانه بكاف التشبيه اي اداته فان الكلام في مثل امي وكامي جميعا ولعل مخصص

بالظهار كما قدمنا انه حقيقته وقد نوى ما لا يناسبه فان الحرمة موجب الظهار فيثبت المنوي في ضمن
المعنى الحقيقي وعند ابي يوسف الايلاء بناء على كون المعنى الوضعي عند التشبيه بالكل فيبقى الثابت به
لا يتعدى المنوي وخرجا مطلقا بالظهار والطلاق هو الايلاء لان الايلاء اذا لحق حنثي من حيث السبب
والحكم واموراخر اما السبب نفسه وهو الظهار فكبيرة محضة والايلاء في نفسه من حيث هو يمين
ليس بمعصية بل باعتبار امر اخر يقترن به واما الحكم فالكفارة فيه اغلظ حيث قدر بالاطعام لستين
مسكينا ويوما والامور الاخر هي ان حرمتها في الايلاء لا تثبت في الحال فانه وان حلف لا يقربها فالشرع
طلب منه ان يحنث ويطأها قبل التكفير ثم يكفر ولو طلقها ثلاثا فعادت اليه بعد زوج عادت بالايلاء
في حق وقوع الطلاق بمضي المدة بل في حق لزوم الكفارة اذا وطئ وكان الايلاء موجودا وفي الظهار يثبت
في الحال ثم يتمادى الى الدوام ثم لا يحل منها شيء اخر حتى يكفر اولا ولو طلقها ثلاثا واباني بحاله يعود بالظهار
ولا تحل ما لم يكفر وكذا المولى اذا بان كانت امة فاشتراها وانفسخ العقد لا تحل ما لم يكفر ومنهم من قال الاصح
انه حنث ظهار عند الكل لانه تحريم موكد بالتشبيه وفيه نظر لان هذا انما ينطبق على قوله انت علي
حرام كامي وليس الكلام فيه بل في محبوبة انت كامي وفي انت علي حرام كامي فانها له محتملان الطلاق
والظهار لا البر لتصريحه بالحرمة فانها اذا ثبت فان لم يكن له نية فعلى قول ابي يوسف ايلاء وعلى
قول محمد ظهار وهنا ينبغي ان يتجه المذكور انفا عن قاضيخان انه ينبغي ان لا يختلف في كونه ظهارا لانه
تحريم موكد بالتشبيه قوله والوجهان بينا هما يعني فيما قبلها يعني قوله من جهة ابي يوسف ليكون
الثابت اذى الحرمين ومن جهة محمد ما ذكره في انت علي حرام كظهر امي خلاف فعند لا يكون
الا ظهارا سواء نوى طلاقا او ايلاء او لم ينو شيئا وقالا هو على ما نوى ظهار او طلاق او ايلاء وان لم يكن له
نية فظهار لان التحريم يحتمل كل ذلك فاذا نوى الطلاق او الايلاء يكون قوله بعد كظهر امي تاكيدا
له وعنوا عنه ان عند محمد اذا نوى الطلاق لا يكون ظهارا معه لانه يقع بائنا بات حرام ولا يمكن اثبات
الظهار بعده كظهر امي وعند ابي يوسف يكونان فعيل الا بلفظ حرام اذ لا يراد باللفظ الواحد معنيان
مختلفان بل كل بلفظ وهو رواية عنه في صحة الظهار من البهيمة وقيل بل الظهار يقع بنفس
اللفظ لانه صريح فيه والطلاق باعترافه جنسه كما اذا قال مزلة لامراة معروفة بسوء ادب
زينب طالق ثم قال عنيت اخرى يقع عليها في الاخرى باعترافه وفي المعروفة بصدق
اللفظ في الوقوع قضاء لانه لا يصدق فيه في صرف النية عنها لانه خلاف الظاهر وهذا ينبغي
ان وقوع الطلاق والظهار فيما اذا قال عنيت الطلاق عند انا هو في القضاء اما فيما بينه
وبين الله تعالى يقع قالوا ما نوى وفي شرح الكنز ولو نوى الايلاء ينبغي ان يكون ايلاء وظهارا
بالاتفاق لعدم التنافي قوله وقد عرف في موضعه يعني المبسوط ولابي حنيفة انه اتى بلفظ
كظهر امي صريح في الظهار محكم فيه ولفظ حرام محتمل فيرد اليه اذا قرن معه قوله حتى لو
ظاهر من امته موطوءة كانت او غير موطوءة لا يصح وهو مذهب الشافعي واحمد وجمع كثير من
الصحابة والتابعين خلافا لمالك والثوري في الامة مطلقا ولسعيد بن المسيب وعكرمة
وطاوس وقتادة والزهري في الموطوءة لنا ان النص بتناول نساءنا بقوله تعالى من نسائهم
والامة وان صح الطلاق لفظ نسائنا عليها لغة لكن صحت الاضافة لا يستلزم الحقيقة لان
الحقيقة اضافة النساء الى رجل او رجال انما تتحقق مع الزوجات لانه المتبادر حتى يصح ان يقال
هو لا جواريه نساء وحرمة بنت الامة ليس لان ابها من نسائنا مرادة بالنص بل لانها
بنت موطوءة ولما حلالا عند الجمهور ولما هذا القيد عندنا على انه لو اريد بالنساء هناك
ما تصح به الاضافة حتى يشمل المعنى الحقيقي وهن الزوجات والمجازي اعني الاماء بعموم المجاز
امكن للاتفاق على ثبوت ذلك الحكم في الاماء لثبوته في الزوجات اما عندنا فلا اتفاق ولا لزوم

عندنا ايضا لثبوت بطريق الدلالة ان الاماء لسن في معنى الزوجات لان الحل فيهن تابع غير
مقصود من العقد ولا من الملك حتى يثبت مع عدمه في الامة المجوسية والمراضعة فلا عقد
النكاح تابع في موضع لا يحمل الحل ولا القياس لا يوجب هذا التشبيه الذي هو كذلك سوى
المؤبدة ورود الشرع بثبوت التحريم فيه في حق من لها حق في الاستمتاع ولا حق للامة فيه
فيبقى في حقها على اصل القياس وان الظهار كان طلاقا فنقل عنه الى تحريم مغيا بالكفارة وكان
طلاقا في الامة وليس هذا الوجه بشيء للتامل قوله لانه صادق في التشبيه وقت التصدق
والتشبيه انما انعقد سببا للتحريم المغياحين كان كذبا محضا فلا يترتب فيه ان يقال فليتوقف
على الاجازة كما يتوقف نكاحها على الاجازة فان اجازت ظهر انه كان التشبيه الممتنع اجاب
عنه بقوله والظهار ليس بحق من حقوقه حتى يتوقف بتوقفه لان عقد النكاح حلال والظهار حرام
فيتنافيان فلا تلاقي بين الحق من الملك فلا يتوقف ولا يثبت الظهار بعد الاجازة بخلاف اعتاق المشتري
للعبد من غاصب العبد لان الاعتاق حق من حقوق الملك يعني ثبت بالملك حتى ان يعتق اذا شاء
فيتوقف بتوقفه وينفذ بنفاذه ولا يثبت ملك النكاح ذلك بل هو منهي عنه وان كان لو قاله
لزمه حكمه فاذا اجاز الملك بيع الغاصب عتق قوله ومن قال لنسائه لبنتي على كظهر امي
كان مظاهرا منهن جميعا بالاطلاق لانه اضاف الظهار الى هن فكان كما اضافة الطلاق اليهن يطلق
جميعا واما الكلام في تعدد الكفارة فعندنا وعند الشافعي تتعدد بتعدد هن اي كل من اراد وطأها
وجب عليه تقديم كفارة وبه قال الحسن والنخعي والزهري والثوري وعثمان وقال مالك واحمد كفارة
واحدة وروي ذلك عن عمر وعلي وعروة وطاوس وعطاء ويعتبرونه باليمين بالله تعالى في الايلاء
قلنا الكفارة لدفع الحرمة وهي متعددة بتعددهن وكفارة اليمين لهتك حرمة الاسم العظيم
ولم يتعدد ذكر بخلاف ما لو كرر الظهار من امراة واحدة مرتين او اكثر في مجلس واحد او مجالس
حيث تتكرر الكفارة بتعدده الا ان نوى بما بعد الاول تاكيدا فيصدق قضاء فيها لانه مثل
في المجلس لا المجالس بخلاف الطلاق لان حكم الظهار بينه وبين الله تعالى واورد لما ثبت بالظهار
الاول حرمة موقتة فكيف تتكرر الحرمة بتكرر الظهار بينه وبين الله تعالى وما هو الا تحصيل
الحاصل اجيب بالاول تتمت الحرمة الموقتة مع بقاء ملك الحل فيصح الظهار الثاني والثالث
ولما فاته في اجتماع اسباب الحرمة كالخمر حرام على الصائم لعينها ولصومه ولصومه وهذا لا يدفع
سؤال تحصيل الحاصل الا ان يلتزم ان يثبت بكل سبب حرمة كما التزم في اسباب الحدث
على ما تقدم في الطهارات فروع لا يصح ظهار الذمي وبه قال مالك خلافا للشافعي واحمد
كالايلاء هي رواية البدائع عن ابي حنيفة والاول رواية الاصل لنا قوله تعالى والذين يظهرون
منكم والكافر ليس منا والحاقه بالقياس متعذر لان الظهار جناية حكما لتحريم يرتفع بالكفارة
وستول الكافر يرتفع من اثر الجناية عنه بالكفارة مع انه ليس من اهلها لانها عبادة تحتاج الى شروط
النية فلم تصح من الكافر فبقي تحريما موبدا وهو غير حكمه بالنص ولانه لا يقدر على ملك رقبة مومنة والتقييد الايمان في حقه خلاف النص فيلزم خلاف الكفارة وقد اجمع
على ذلك ليكون كالغاية في اذا نكحتم المومنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وما اجيب
من انها عبادة في حق المسلم عقوبة في حق الكافر يقال عليه انها تفتقر الى النية افتقارا فلزم كونها
عبادة وما دفع به من افتقارها اليها كافتقار الكنايات اليها وليست عبادة مدفوع بانه قياس
بلا جامع لان افتقار الكنايات اليها ليتعين احد المحتملات وهو الطلاق عن غيره وافتقاره
الكفارة لتتنفع عبادة والا فلا ذا والفرق بين الظهار والايلاء على قول ابي حنيفة حين اجاز
ايلاء الكافر خلافا لصاحبيه ان حكم الايلاء امران وقوع الطلاق بتقدير البر وهذا يتحقق في حقهم

لانهم يعتقدون حرمة الاسم الكريم وبصونه فينتفعون بنظرهم الى ذلك والزوم الكفارة بتقدير
الحنث فلو فرض منهم الحنث بالوطي انثنى حكم البر وتعذر التكفير ولو ظاهر والمتثنى يوم الجمعة
مثلا لم يجز ولو ظاهر يوما او شهرا صح تقييده لانثنى بعد مضي المدة ولو علق الظهار بشرط ثم ابانها
ثم وجد المشروط في العدة لا يصير مظاهرا لان الابانة المعلقة على ما سلف فيصح لشرط النكاح فاذا قال
لاجنبية ان تزوجتك فانت علي كظهر امي فتزوجها لزمه حكم الظهار ولو قال ان علي كظهر امي
في رجب ورمضان كفر في رجب اجزاه عنهما ولو ظاهر ثم جن ثم افاق فهو على حكم الظهار ولا يكون
عايدا بما فاته حلا بالاحد وجهين للشافعية **فصل** في الكفارة **قوله** عتق رقبة
اي اعتاقها فلو ورث من يعتق عليه فمضى به الكفارة بملك الموروث لا يجزيه عنها
قوله وقد ذاق الاطعام يعني يجب كونه قبل المسيس كاحوية والنفي لا يوجب بلفظه ذلك فيه
فعلله بالحقه بها وطاهر علله ان الكفارة شرعية بالتخصيص على ايجادها قبل التماس وهذا
كفارة شرعها يجب كونه قبل التماس وما قدمناه روايته من الحديث الصحيح من قول صلى الله عليه وسلم
للذي واقع قبل التكفير اعتقها حتى تكون مطلقا من غير تفصيل يجب اجراوه على الطلاقه لاتيان
هذا كله سترا اي انه زيادة على الطلاق النص بالخبر والقياس وهو لا يجوز وذلك لان تعالى قيد
التحرير بكونه قبل المسيس فقال فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا فاعاد العبد المذكور مع الصيام
فقال فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا فاطلق الاطعام عنه بقوله تعالى فمن لم
يستطع فاطعام ستين مسكينا فلو اريد التقييد في الاطعام لذكرهما ذكر فيهما بل تخصيصه بالاطلاق
بعد ما نص على تكرير العبد مع التخصيص غير مكتفى به فتقييده في التحرير قرينة على قصد الاطلاق
فيه وما قيل ذكر مرتين تنبيه على ارادة تكريره مطلقا اذ هو دفع لتوهم اختصاصه بالجملة
الاولى لو اقتصر عليه معها ولتوهم اختصاصه بالاخيرة لو اقتصر عليه معها وللتطويل لو اعاد
معها بعدها فالكلامه غير جار على قواعد الاستدلال بل هو تحسين عم هو معارض بما قلنا من ان
تخصيصه بالاطلاق بعد تكرير العبد مع اخويه ظاهر في ارادة انفراده عنهما بحكم الاطلاق
ولا يخرج على القواعد الا ان تحقق فيه اجماع في عصر من الاعصار والثابت فيه الان قولان
للشافعي وروايتان عن احمد لانا نقول الثابت بالنص اقتراض الاطعام شرط الحل للظاهر منها
مطلقا وقد جبرنا على موجب ذلك ونحن لم نقيد اشتراطه الحل بكونه قبل المسيس فيكون
زيادة بل اوجبنا ذلك بخبر الواحد والالحاق بالخصلتين في وجوب التقديم لانه اشتراطه
في الحل والاصل وان كان الاقتراض فالمتعدي الى النوع منه الوجوب لان حقيقة مختلف
الحكم في الاصل والفرع لانا نقول الوصف الذي به زاد الفرض على الوجوب ليس من الحكم فان الحكم
هو الايجاب عينا نه اذا كان ثبوته قطعيا سمي فرضا وليس كيفية الثبوت جزء ماهية الحكم
بل جزء مفهوم لفظ الفرض فتامل وعما قلنا من عدم اشتراطه للحل واعتبار الاطلاق في ذلك قال
ابو حنيفة فيمن قرب الى ظاهر منها في حلال الصوم ليستانف ولو قربها في حلال الاطعام لا يستانف
لان الله تعالى قيد الصيام بكونه قبل التماس واطلق في الاطعام ولا يحمل الاطعام على الصيام لانهما
حكمان مختلفان وان اتحدت الحادثة من كل وجه متصل بالجزء فوقه فلذا لو اعتق
ام ولده ومدبره لا يجزيه عنها خلاف المكاتب الذي لم يود شيا وعن ذلك يصح اعتاق الرضيع
لصدق الاسم عليه **قوله** الكفارة حق الله تعالى المشهور بنا الخلاف على ان المطلق هل يحمل
على المقيد او لا فعنده نعم وعندنا لا الا في حكم واحد لانه حينئذ يلزم ذلك لزوما عقليا اذ الشيء
لا يكون نفسه مطلوبا وادخاله في الوجود مطلقا ومقيدا كالصوم في كفارة اليمين ورد مطلقا
ومقيدا بالتتابع في القراءة المشهورة التي يجوز الزيادة بمثلها والكلام في تحقيق هذا الاصل في عين

هذا ولو تنزلنا الى اصلهم لم يلزم من التضييق في كفارة الامر الاعظم وهو القتل ثبوت مثله فيما هو اخف
منه ليكون التقييد فيه بيانا في المطلق وتقرير ما في الكتاب ان الكفارة وهو الاعتاق حق الله تعالى
فلا يجوز صرفها الى عدو الله اذ الاعتاق يتعلق به ويتحقق الزم له وهو العتق كالزكاة والجواب
ان هذا لا يعارض الطلاق النص الا اذا كان مانعا عقليا منه وليس كذلك بجواز ان باذن الله تعالى
في الاحسان والتمليك تصدقا على الكافر بالامور الدنيوية وقد ثبت ذلك على ما قدمناه في كتاب
الزكاة قال صلى الله عليه وسلم نصدق فواحيل الاديان والاتفاق على جواز الصدقة النافلة
عليه مع ان المقصود منها التقرب الى الله تعالى ولولا ان مقصود القربة الى الله تعالى يحصل بذلك
لم تشرع اصلا ولا يزيد الفرض على كونه قربة اليه تعالى لانكونه مامورا به ولا يظهر لوصف
المامور به اثر في سقاطه كون محله كافرا بعد ما ثبت انه لا ينافي معنى القربة ولا النص
الذي يحض الزكاة لقلما يجوز ان يدفعها لفقراء اهل الذمة وهذا لان التقرب بفعل الفاعل يحصل
لا بخصوص محل فعله وهو انما يعتقه ليتمكنه من الطاعات بالاسلام بشكر الله تعالى على ما انعم
عليه من تخليصه من رقبة الرق لا لغير ذلك ثم اقتراضه هو الكفر لسوء اختياره منه على
نفسه فظهر بثبوت معنى التقرب باعتاقه هذا ويدخل في الكافر المرتد والمرتدة والاحلاف
في اعتاق المرتدة لانها لا تقتل واعتاق العبد في دار الحرب لا يجزيه عن الكفارة واعتاق المستامن
يجزيه **قوله** ويجزي العيب الاخف الاصل ان يكون المعتق كامل الرق مقرونا بالنية وحبس ما يبتغي
من المنافع لا يبدل فظهر ان اختلاف حبس المنفعة لا يضر ولا يثبوت العيب وهذا لان بفوات
حبس المنفعة تصير الرقبة من وجه كالحر فنقصانها لم يعتبر وافوات الزينة على الكمال
مع انهم اعتبروه في الديات فالزموا بقطع الاذنين الشاخصتين تمام الدية وجوزوا هنا
عتق مقطوعها اذا كان السمع باقيا ومثله فيمن خلقت لحيته فلم تنبت لفساد المنبت وما علموا
به في جعل العنين والخصي والمجبوب من ان الثاني منفعة النسل وهو زايد على ما يطلب
من المماليك يعلل بفوات الزينة على الكمال ان باعتبار ذلك لا يصير المرفوق بها كالمحرم
من وجه بل الحر فمن هذا افترق الحال بين الاعتاق والدية فيه وبجواز الرتقا والقرنا والعوراء
والعمشاء والغشواء والبرصاء والرمداء والخنثى لا مقطوع اليدين او الرجلين او احدى كل من اليدين
او الرجلين من جهة واحدة ويجوز من خلاف اما مقطوع ابهامي اليدين فلما في الكتاب ومثله
مقطوع ثلاث اصابع غير الابهامين من كل يد لان الاكثر كالكل ويجوز مقطوع اصبعين من الابهام
من كل يد لاسقاط الاسنان العاجز عن الاكل ولا يجوز المجنون المطبق لانه المانع في كلها في حق
كفاية لان الانقطاع بها اما هو بالعقل واما الذي يحبن ويفيق فيجزي عتقه المطلقة في الهداية
والمراد اذا اعتقه في حال افاقته وفي الام روايتان وما ذكر في الهداية يوضح منه المؤلف
بين الروايتين فيحمل رواية النوادر الام الذي ولد ام وهو الاخرس فانه لا يسمع اصلا ولا يتكلم
ومحمل ظاهر الرواية الذي اذا صيح عليه سمع ورد ي ابرهيم عن محمد اذا اعتق عبدا اخلا
الدم قضى بدمه عن ظهاره ثم عمي عنه لم يجز وفي التخليص من علامة عيون المسايل اذا اعتق
عبدا مريضا عن ظهاره ان كان يرجى ويخاف عليه يجوز وان كان لا يرجى لانه ميت معنى هذا
وقد منع فوات لزوم جنس المنفعة بقطع الابهامين بل اللازم اختلالها ولو لزم ذلك لوجب
بقطعهما دية كاملة لكن الشارع لم يعتبرها الا كغيرها من الاصابع وايضا رتب على الدليل بتحكم
لا يستلزمه وذلك ان فوات قوة البطش ليس لازمه ولا عنه فوات جنس المنفعة بل ضعفها
ولا يجوز عتق المدبر وام الولد ويجوز اعتاق المكاتب الذي لم يود شيا لا الذي ادى بعض
الكتابة والشافعي منعه والحق المكاتب بالمدبر وام الولد بجامع انه استحق العتق بجهة

الكتابة فاشبه المدبر وام الولد فنقص الرق فيه كما ينقص فيهما بل هذا اولى لعدم الاجزاء منهما فانه
لو قال كل مملوك لي حر عتق مدبري وام ولده ولا عتق مكاتبه الا بالنية قبل انه انتقص رقا منهما
وهذا يبطل قولكم الكتابة انما اقتضت فك الحجر لا غير كالاذن في التجارة ولو صح ذلك لاسقط
المولى بعضها كالمنع من التجارة وهذا كله على وجه الالزام لما ان المدبر فان عنده بيع المدبر واعتاقه
جايز وهو مذهب احمد بناء على جواز بيعه عندها خلافا لنا وفي ام الولد على وجه الاثبات
لنفسه ونحن ان استحقاق العتق بجهة تقبل الفسخ على تقدير تحققها موجب نقصان الرق
فان ذلك معنى التعليق وهو الحاصل هنا فان حاصل الكتابة تعليق العتق بالاداء او بعلق يساير
الشروط ولم يلزم نقصان الرق فيهذا اولى لان سايير التعليقات لا يحصل بها يحتمل الانفساخ بخلاف
هذا ولو لا ثبوت النص المفيد لامتناع بيع المدبر وام الولد لم يبين نقصان الرق فيهما لان الحاصل
فيهما تعليق العتق بموت السيد ولو تمكن نقصان في رقبه لما تصور فسخه واعادته الى الحالة
الاولى لان نقصان الرق بثبوت العتق بعذر وثبوته من وجه لا يحتمل الزوال كثبوته من كل
وجه وهذا ما يقال حق العتق كحقيقته وهذا هو الثابت في المدبر وام الولد لثبوت العتق
في حقهما بجهة لازمة فظهر ان الكتابة انما اوجبت فك الحجر في المكاسب وذا لا يكون نقصانا
في الرق اذ المكاسب غير الرقبة وبه يعلم ان قوله صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي
عليه من كتابته شيء رواه ابو داود المراد به كامل في العبودية والرق وانما لم يستبد المولى
بفسخه لانه بيدل فانعقد لازما على المولى بخلاف الاذن في التجارة لانه فك بلا بدل وعدم عتق
المكاتب في كل مملوك له حر لنقصان الملك فيه فلا يدخل الا بالنية لان نقصان الملك لا يستلزم
نقصان الرق لان محل الملك اعم من محل الرق الا يرى ان الملك يثبت فيما لا يتصور ثبوت الرق فيه
كالامتعة والحيوان غير الادمي ففي العبد رق في رقبته وملك مجاريه فيها وتتجدد له غير كاسن منافع
واكسابه والكتابة اوجبت الزوال في حق ما يزيد على الرقبة وهو محل الملك لا الرق فتنقص بهما
الملك لا الرق لكن العتق انما يعتمد الرق لانه لو دار مع الملك ثبت في غير الادمي ايضا فكان
حينئذ كشرع السايبة والموجب لنقصانه فيبقى على ما كان عليه لعدم المزحزح قوله
الا انه يسلم له الاكساب الى اخره جواب عما قد يقال عتقه حيث وقع انما يقع شرعا بجهة الكتابة
وان غير السيد جهة التكفير بدليل انه يسلم له الاكساب والاولاد وفعل انه بجهة الكتابة
اجاب بوجهين الاول ان العتق في المكاتب واحد والاعتاق من جهة جانب المولى يختلف
جهاته فتارة يرجع الى حق المكاتب حمل هذا ذلك العتق لكونه متحدا وتارة يرجع الى المولى اعتاقا
بجهة الكفارة لانه قصد ذلك وهو كالمراة اذا وهبت الصداق للزوج قبل القبض ثم طلقها قبل
الدخول لا يرجع عليها بشيء وجعل هبتها في حق الزوج تحصيلا للمقصود للزوج عند الطلاق وفي حقها
تجعل عليكما هبة مبتداة وحقيقة الجامع بينهما اذا حصل المعنى المقصود فلا يبالى باختلاف
السبب ففي مسئلة الزوج نفس هبتها سبب الاسراة ذمته عن نصف الصداق وقد حصل فلا يبالى
بكونه من سبب اخر غير الطلاق وكذلك هنا هبتي حق المكاتب ليس الا عتقه عند الاداء وقد حصل
عنده الثاني انفساخ الكتابة ضروري اذ هو ضروري تصحيح عتقه عن الكفارة لانه تصرف
من عاقل مسلم فيما فيه مانع يحتمل المنع والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فيظهر في حق جواز
التحرير للتكفير لا في حق الاكساب لانه لا ضرورة على الرضى فيها فيعتق في حقها معاتبا فتسلم له ولا يلزم
من كونه عتق كتابة كون عتقه بجهة الكتابة والا لتقرر بدل الكتابة اذ تسليم المبدل يوجب
تقرر البدل قوله وان اشترى اباه او ابنه ينوي بالشراء الكفارة جاز عنها هذا في الشراء
اما لو ورث احدهما فنوى الكفارة فقد قدمناه ولو وهب له او اوصي له صح الحاصل انه اذا دخل

في ملكه بصنع منه ان نوى عند صنعه ان يكون عتقه عن الكفارة اجزاه والا فلا ولو قال ان دخلت
الدار فانت حر ونوى كون العتق وقت دخوله عن كفارته لا يجوز ولو نواه وقت اليمين
جاز قوله وعتق بقيته يعني اعتق ذلك الباقي الخ لم يجز عند ابي حنيفة رضي الله عنه
وعندهما يجوز بناء على تجزي الاعتاق وعدمه عندهما لا تجزي فاعتاق نصفه اعتاق كله عندهما
العتق ان كان موسرا ضمن نصيب شريكه ويملكه فصار معتقا كله عن الكفارة وهو ملكه والسراية
على العبد حتى يكون اعتاقا بعوض ولو كان المعتق معسرا لا يجوز بالاتفاق لان على العبد السعاية
عندهما فيكون عتقا ببدل وان لم يكن ذلك البدل حاصلا للمعتق بل هو للشريك المقصود انه لزم
العبد بدل في مقابلة تحرير رقبته وعنده تجزي فانما اعتق نصيبه في الابتداء ونصف الرقبه
ليس برقبة وقد تمكن النقصان في الرق في النصف الاخر لتعذر استدامة الرق فيه فصار
كام الولد بل اشد لان عتقها متعلق بالموت بخلاف هذا وهو النقصان وقع في ملك شريكه
ثم بالضمان ملكه ناقصا ومثله يمنع التكفير كالمدبر فصار كانه اعتق عبد الا شياء منه بخلاف
المسئلة التي بعد هذه فانه اعتق نصفه ثم نصفه بعد كونه الكل على ملكه فيمكن النقصان على ملكه
بسبب الاعتاق بجهة الكفارة فيجوز كمن اضجع شاه ليذبحها فاصابت السكين عينها
فعورت فان قبل الدليل في المضمون يثبت مستندا الى وقت وجود السبب وبه يظهر
ان نصيب الساكت ملك للمعتق زمان الاعتاق وهو اذ ذاك لا نقصان فيه قلنا الملك انما
يثبت مستندا في حق الضامن والمضمون له لا في حق غيرهما فيتمكن النقصان في نصيب الساكت
في حق غيرهما والكفارة غيرهما فلم تجز ولا يخفى ان التعيب ضرورة ادامة المامور به ليس
كالتعيب بصنعه مختارا حتى انه لو وقفا عين الشاة مختارا عند الذبح فعقر لا يجوز ولو نواه فكان المشروع
اولى بالاجزاء من العبد المشترك لان مالك النصف لا يقدر على عتقه بطريق عتق نصفه لخالة اشبه بذابح
الشاة من مالكه على الكمال وجوابه ان المعنى انه حصل بسبب اقامة الواجب وهذا العذر كان في عدم
ما فيه لا يتوقف على كونه بحيث لا يمكن اقامة الواجب الا كذلك فان الشارع لما اطلق له العتق
عرفا وشرعا كان لازمه انه اذا حصل بسببه مطلقا لا يمنع وعن هذا ابحث بعضهم انه يجب الاجزاء في
الصورتين فان النقص في الاول انما حصل بسبب العتق كالثاني والتعمد وعدمه سواء لانه نقصان
حكمي يستوي فيه العمد والخطا لان الملك بالضمان يستند فيظهر ملكه في الكل عند اعتاق النصف
فيكون كالصورة الثانية واجاب عن قوله انما يستند في حق الضامن والمضمون له دون الكفارة
بان النقص لما كان حكميا استوا وجد في ملكه بين اعتاق نصفه واعتاق باقيه او في ملك غيره بين
الاعتاقين لانه لو كان بناء في حال الرقبة منع مطلقا وجوابه ان منافاة الكمال لا يستلزم منافاة الاجزاء
الا اذا كان في غير ملكه لانه اهدر لحصوله لسبب اقامة الواجب غير انه اذا وقع في ملك غيره
وضمنه كان مشتريا الناقص رافعا معنى فعتقه عن الكفارة بخلاف ما اذا وقع في ملكه حيث يتحقق
فيه الاهدار دون الشراء معنى لنا فقد الرق ثم اعتاقه بحيث اهدر كان كانه اعتق نصفه
وبعض النصف الاخر ثم اعتق باقيه بخلاف الاول لم يكن جعل النقصان في ذلك النصف مضافا
الى الكفارة لعدم ملكه لذلك النصف فبطل قدر النقصان فلم يقع عن الكفارة قوله واعتاق
النصف حصل بعده فان قبل كل اعتاق بعد هذا وان كان اعتاق عبد كامل فهو بعد المسيس
فلو كان وقوعه بعد المسيس مانعا من الاجزاء عن الكفارة لم يجز عتق رقبة كاملة بعده ايضا قلنا
انما يجوز لانه اعتاق رقبة كاملة قبل المسيس الثاني ويبطل اعتاق ذلك النصف لان الشرط
للمحل مطلقا اعتاق كل الرقبة قبل المسيس ولم يوجد فتقرر الاثم بذلك المسيس ثم لم يمكن اعتبار
ذلك النصف من الشرط حتى يكون معه عتق النصف لان المجموع حينئذ ليس قبل المسيس فليس هو الشرط

تبقى الحرمة بعد المجموع كما كانت الى ان يوجد الشرط وهو عتق جميع رقبته **قوله** واذا لم
يجد المظاهر ما يعتق يلزمه الخ وهو في الخزانة لا يصوم من له خادم بخلاف المسكن وقال الشافعي والليث
يجوز الصوم مع وجود الخادم واعتباره بالماء المعد للعطش والعرق عندنا ان المأمور بامساكه
لعطشه واستهلاكه محظور عليه بخلاف الخادم كذا ذكره الرازي في احكام القرآن ويرد عليه
المسكن وجوابه انه بمنزلة لباسه ولباس اهله بخلاف الخادم وفي الاسبيجابي يعتبر اليسار والاعسار
وقت التكفير اي الاداء به قال مالك وقال احمد والظاهرية وقت الوجوب وللشافعي اقوال كالقولين
وثالث يعتبر اغلظ الحالين **قوله** فكفارته صوم شهرين ان صامهما بالاهلة اجزاه وان كانتا ثمانيه
وخمسين يوما وان صامها بغيرها فلابد من ستين يوما حتى لو افطر صيحة تسعة وخمسين وجب عليه
الاستئناف **قوله** فان جامع التي ظاهر منها كونها المظاهر منها فيه لزوم الاستقبال على قول
ابي حنيفة فانه لو جامع زوجة اخرى ناسيا لا يستأنف عنده ايضا كما لو اكل ناسيا ان حرمة الاكل
والجماع انما هو للصوم لئلا ينقطع التتابع وذا لا ينقطع بالنسيان بالنص ولا يوجب الاستقبال بخلاف حرمة
جماع التي ظاهر منها فانه ليس للصوم بل لوقوعه قبل الكفارة وتعذرها على المسيس شرطها فجماع
ناسيا في اثنائه يبطل حكم الصوم المتقدم في حق الكفارة على وزان ما قلنا في الجماع بعد عتق نصف
العبد لصدق كون المجموع ليس قبل التماس وكون السبب النسيان كما اثر له في هذا الواقع وعدمه
انما دار الصوم بالنص على خلاف القياس وتغييره ليلا يكونه عامد الميس يفيد بل جامعها ليلا عامدا
او ناسيا سواء ان الخلاف في وطي لا يفسد الصوم **قوله** وان افطر يوما منها بعذر كمرض او سفر
لزم الاستقبال بخلاف ما لو افطرت المرأة للحيض في كفارة القتل او الظهار في رمضان حيث لا تستأنف
وتصل قضاها بعد الحيض ولو افطرت يوما قبل التمام لزم الاستئناف لانها لا تجد شهرين ليس فيهما
ايام الحيض عادة ووجود شهرين ليس فيهما المرض والسفر ثابت عادة كشهرين ليس فيهما نفاس
فكذا لو نفست في صوم كفارة القتل استقبلت كما لو حاضت في خلال صوم كفارة اليمين
فانها تستقبل لانها تجد ثلاثة ايام لا حيض فيها **قوله** لانه ليس من اهل الملك فلا يصير مالكا بتمليكه
اياه فجعله تعليلا لقوله وان اطعم الموجه عنه او اعتق فاد ان معناه انه ملكه وامره ان يعتق ويطعم
ليكون هو المكفر اذ لا بد من الاختيار في اداء الكفارة به ومعناه ان العبد امره فعل ذلك فانه
يقضي عليكه ثم اعتاقه عنه واطعامه واعلم ان للسيد ان يمنع عبده من صوم الكفارات الا كفارة
الظهار لانها تتعلق بحق الزوجية **قوله** واذا لم يستطع الصيام لمرض لا يرجى زواله او كبر
قوله او قيمة ذلك اي من غير ما نص عليه فلو دفع منصوص عن منصوص اخر بطريق القيمة
لم يجز الا ان يبلغ المدفوع الكيلة المقدرة منه شرعا مثاله دفع نصف صاع تمر يبلغ قيمته نصف
صاع بر او صاعا عن البر او اقل من نصف صاع بر عن صاع تمر وقيمته تبلغه لم يجز فلو كان القدر
صاعا دفعه عن نصف صاع بر جاز وهذا لان الاعتبار في المنصوص عليه لعين النص لا لمعناه ولو جاز
ذلك في الاعتبار لزم ابطال التقدير المنصوص عليه في كل صنف وهو باطل ثم اذا فعله فالواجب عليه
ان يتم للذين اطعام القدر المقدر من ذلك الجنس الذي دفعه لهم فان لم يجد هم باعيانهم استأنف
في غيرهم فان قيل لو كسا عشرة مساكين في اليمين ثوبا واحدا عن الاطعام جاز عنه ان كانت قيمة
نصيب كل منهم قيمة الاطعام مع ان كلا منهما منصوص عليه قلنا المنصوص عليه الكسوة لا الثوب
غير انها لا تحقق الا بالثوب فلما ايصب كلا ثوب لم يكن فاعلا لعين الخصلة المنصوصة اذ الكسوة
اصلا انه فاعل لها بطريق القيمة عن منصوص اخر اذ الكسوة الا بثوب يصير به مكتسيا
فيكون فاعلا عين المنصوص بطريق القيمة عن المنصوص **قوله** في حديث اوس بن الصامت
وسهل ابن صخر وصوابه سلمة بن صخر والحديث غريب عنهما وعند الطبراني في حديث اوس

بن الصامت قال فاطعم ستين مسكينا ثلاثين صاعا قال لا املك ذلك الا ان تعينني فاعانه النبي صلى الله
عليه وسلم بخمسة عشر صاعا واعانه الناس حتى بلغ اثنين وستين وعنده انه كان بر الان التمر
والشعير يجزي منه صاع وقدمنا عن ابي داود من طريق اسحاق عن معمر بن عبد الله ابن حنظلة
عن يوسف بن عبد الله بن سلام في حديث اوس ابن الصامت قال صلى الله عليه وسلم فاني سأعينه
بعرق من تمر قال يا رسول الله وانا اعينه بعرق اخر قال احسنت قال فيه والعرق ستون صاعا
واخرج الحديث ايضا عنه بهذا الاسناد الا انه قال والعرق مكتل يسع ثلاثين صاعا وهذا
اصح لانه لو كان ستين لم يحتج الى معاونة ايضا بعرق اخر في الكفارة واخرج ابو داود عن ابي
سلمة بن عبد الرحمن قال العرق زنبيل يأخذ خمسة عشر صاعا وهذا معارضة في انه كان المخرج تمرا
او برا والله تعالى اعلم واما الذي في حديث سلمة ابن صخر البياضي قال فاطعم وسقا من تمر ستين
مسكينا قال والذي بعثك بالحق لقد بتنا وحشين ما لنا طعام قال فانطلق الى صاحب
صدقة بني زريق فليدفعها اليك فاطعم ستين مسكينا وستأمن تمرك وكل انت وعيالك بقيتها
الحديث اخرجه احمد وابو داود ويكفي ما اثبتناه في صدقة الفطر من ان الواجب من البر نصف
صاع اذ لا قايل بالفرق في كمية المخرج في الصدقات الواجبة **قوله** لانا لجنس يتحد وهو جنس
من الكفارة وهو الاطعام بخلاف الكسوة مع الاطعام وبخلاف اعتاقه نصفي عبدين مشتركين بينه وبين
غيره على قول ابي حنيفة فان الجنس وان كان متحدا لكن اصبح الاجزاء فيه لمانع آخر وهو ان المأمور به
اعتاق رقبة ونصف رقبتين ليسا رقبة بخلاف الاضحية فان الاشتراط فيها لا يمنع الاضحية من حيث
هو اشتراك لما علم من جواز الاشتراك في البدنة شرعا **قوله** فان غداهم وعشاهم جاز المعتبر اكلتان
مشبعتان بخبز غير مادوم ان كان في سائر الكفارات كفارة الظهار واليمين وجزاء
الصيد والعدية سواء كانا غداء وعشاء او غداءين او عشاءين اتحاد الستين فلو غداهم
وعشاهم جاز في المعتبر الاشباع على ابي حنيفة في كفارة اليمين لو قدم بين يدي عشرة اربعة
او ثلاثة فشبعوا اجزاهم واذا لم يبلغ ذلك الا صاعا او نصف صاع فان كان احدهم مشبعا
اختلفوا فيه قال بعضهم يجوز لانه وجد الطعام عشرة وقد شبعوا وقال بعضهم لا يجوز لان المعتبر
اشباعهم وهم لم يشبعوا بل اشبع التسعة **قوله** وهو حقيقة في التمكين من الطعم لا يقال
الاتفاق على جواز التمليك فلو كان الحقيقة ما ذكرتم كان لفظ الاطعام مشتركا معما او في حقيقته
ومجازه لانا نقول جواز التمليك عندنا بدلالة النص والدلالة لا تمنع العمل بالحقيقة كما في حرمة
الشتم والضرب مع التأفيف لذا هذا فالنص في دفع حاجة الاكل فالتمليك الذي هو سبب
لدفع كل الحاجات التي من جملتها الاكل اجوز فانه حينئذ دافع حاجة الاكل وعين **قوله**
وان اطعم مسكينا واحدا ستين يوما اجزاه وقال مالك والشافعي وهو الصحيح من مذهب احمد
لا يجزيه وهو قول اكثر العلماء لانه تعالى نص على ستين مسكينا وفكر الحاجة في مسكين واحد
لا يصير هو ستين وكان التعليل بان المقصود سد خلة المحتاج اخرما ذكر مبطلا لمقتضى النص
فلا يجوز واصحابنا اشد موافقة لهذا الاصل ولذا قالوا في المسئلة الآتية عن قريب
وهي ما اذا ملك مسكينا واحدا وطيئة ستين بدفعة واحدة لا يجزيه لان التفريق واجب بالنص
فيكون المدفوع كله عن وظيفة واحدة كما اذا رمى احدى الجمرات السبع مرة واحدة يحتسب عن رمية
الشرع لان الدفع غير مصروح به وانما هو مدلول التزامي لعدد المساكين ستين فالنص على العدد
اول لانه المستلزم وغاية ما يعطيه كلامهم ان تكرر الحاجة تتكرر المسلمين حكما فكان تعددا
حكما وتمامه موقوف على ان الستين مسكينا مراد به الاعم من الستين حقيقة او حكما والخفي انه
مجاز فلا مصير اليه الا بوجيه فان قلت المعنى الذي باعتباره يصير اللفظ مجازا وبند رج

فيعتبر التعدد الحكمي بما هو قلت هو الحاجة بكون ستين مسكينا مجازا عن ستين حاجة وهو اعم من كونها
حاجات ستين او حاجات واحد اذا تحقق تكررها الا ان الظاهر انما هو عدد محدود ذوات
المساكين مع عقلية ان العدد مما يقصد لما فيه تعميم الجميع من بركة الجماعة وتحمل المنفعة واجتماع القلوب
على المحبة والدعاء **قوله** وهذا اي عدم الاجزاء المدلول عليه بقوله لم يجزه الا عن يومه يعني اذا دفع
ستين مسكينا مع لواحد في يوم بطريق الاباحة لا يجوز عن غير ذلك اليوم كما انه قبل تجدد الحاجة بتجدد اليوم الثاني
فكان الطعام الطاعم اما لو كانت المراة تمليكات في اليوم الواحد اختلف فيه ايضا الا عن يومه
ذلك وصححه في المحيط لانا لم نجوز سد الخلة وقد اندفعت حاجة الفقير في ذلك اليوم بصرف ما يقوم
مقامه فانصرف اليه بعد يومه الطعام الطاعم فلا يجوز كما لو كان الطعام حقيقة وكالدفع الى
الغني بخلاف الدفع في كفارة اخرى ودفع غيره من كفارة مثلا لان المدفوع كالهالك بالنسبة الا ترى ان قبل
لو كسا مسكينا واحدا عشرة اثواب في عشرة ايام يجوز لتعذر الدفع مع عدم تجدد الحاجة
الى الثوب تتجدد اليوم قلن تجدد الحاجة الى الثوب تختلف باختلاف احوال الناس ولا يمكن
تعليق الحكم في الثوب بغير الحاجة اليه فاقيم مضي الزمان مقامها لانها به تتجدد وادنى ذلك
يوم لجنس الحاجات وما دونه ساعات لا يمكن ضبطا وقيل يجزيه لان التمليك لما اقيم مقام حقيقة
الاطعام وقوع من ذلك نظرا اليه من حيث انه تمليك والحاجة بطريق التمليك لم تنس الا نهاية فكان
المدفوع هالكا بالنسبة الى المدفوع ثانيا هو هالك بالنسبة الى دافع اخر وكفارة اخرى
وصيتد فلا معنى لاشتراط زمان اخر لتجدد الحاجة اذ الحال قيامها وربما يشعر اقتصار المصنف
بعدم حكاية القولين على توجيه هذا القول باختياره الا ان الاول اضبط ونكته جوابه منع كون
التمليك لما اقيم مقام الاطعام اعتبر ذاته من حيث هو تمليك بل يجب اعتباره من حيث هو اطعام
لانه لما اقيم مقام الشيء اعتبر فيه احكام ذلك الشيء واما ما تعتقده فعدم جواز التمليك كالاطعام
لواحد ولو في اليوم الثاني لما فيه من مصادمة النص بالمعنى مع انه معنى معارض لمعنى وهو ما ذكرنا
قوله وان قرب التي اخرج الحاصل انه يجب تقديم الاطعام على المسيس فان قربه في حلاله
لم يستانف لانه تعالى ما شرط فيه ان يكون قبل المسيس وحمل المطلق على المقيد وان كانا
في حادثة واحدة بعد ان يكونا حكمين والوجوب لم يثبت الا لترتيب وقوع الكفارة بعد التماس
بيانه انه لو قدر على العتق والصيام في خلال الاطعام او قبل لزمه التكفير بالمعتاد وعليه
فلو جوز للعاجز عنهما التربان قبل الاطعام ثم اتفق قدرته فلزم التكفير به لزم ان يقع العتق
بعد التماس والمفضي الى الممتنع ممتنع وفيه نظر فان القدرة حال قيام العجز بالعتق والمرض
والكبر الذي لا يرجى زواله امر موهوم وباعتبار الامور الموهومة لا يثبت الاحكام ابتداء بل يثبت
الاستحباب ورعاية الاولى الاستدلال لا بما ذكرنا اول الفصل من النص وما يعلل عاذكر **قوله**
لمعنى في غير هو ترتيب العذر على العتق او الصوم لا بعدم المشروعية فلم تنعدم مشروعية الكفارة
بالاطعام بخلال الوطئ **قوله** عن ظهارين سواء كانا من امراة او امراتين **قوله** له الى اخر
حاصل الوجه انه وجد المقتضي للوقوع عنهما فيقع وذلك لان المقتضي للاجزاء عنهما صرف الكمية التي
تجزي عن كفارتين الى المحل مقرونا بنية كونها عما عليه والعلل ثابت فيلزم حكمه وهو الاجزاء او الجواب
مع وجود المقتضي وانما يوجد لو كانت تلك النية معتبرة لكونها في الجنس الواحد لغوا لانها انما اعتبرت
لتمييز بعض الاجناس عن بعض لاختلاف الاغراض باختلاف الاجناس فلا تحتاج اليها في الجنس الواحد
لان الاغراض لا تختلف باعتبار فلا يعتبر فبقي نيه مطلق الظهار وهو مجرد فلا يلزم اكثر من واحد
وكون المدفوع لكل مسكين اكثر من نصف صاع لا يستلزم ذلك لان نصف الصاع للحاجة الى التمييز
وهو محتاج اليه في استحقاق من الجنس الواحد كما في الاجناس وقد ظهر اثر هذا الاعتبار في الفاديد

لا تشتمل الزيادة عليه بل النقصان بخلاف ما اذا افترق الدفع او كانا جنسين وقد يقال اعتبارا فيما
صرحوا به من انه لو اعتق عبدا من احد الظهارين بعينه مع نية التعيين ولم تلغ حتى وطيء التي عينها
ومن الصور ظنا انه ظاهر منها فاعتق ثم تبين انه ظاهر من غيرها لا يجزيه ونية كفارة عمرة لا يجزيه
عن نية كفارة زيب فهنا ايضا يجب ان لا يلغو لثبوت الفرض الصحيح في نية الظهارين وهو حالها
مما اجيب باحاله ادعى ثبوت المانع هنا وهو عدم سعة المحل للكفارتين فان محلها في الاطعام اية
وعشرون مسكينا بخلاف صورة الاعتاق وهذا بصير اصل الجواب تسليم وجود المقتضي وادعاء المانع
وادعاء المانع وهو رجوع وانقطاع عن الطريق الاول اذ قد ظهر صحة اعتبار النية في الجنس الواحد
ثم قد يقال عليه ان اعتبار الستين اية وعشرين بالنظر الى كفارتين ليس بابعد من اعتبار الواحد ستين
في كفارة واحدة باعتبار تجدد الحاجة والاتفاق على ان وطيء مستهلكة بالنسبة الى كفارة اخرى فهو
كمحتاج اخر بالنسبة الا ترى ان دفع الاسير قيام الحاجة بالنسبة الى كفارة اخرى **قوله** وان اعتق عن
ظهار وقيل لم يجز عن واحد منهما هذا اذا كانت الرقبة مؤمنة فان كانت كافرة صح عن الظهار وان الكافرة
لا تصلح لكفارة القتل فتعينت للظهار **قوله** في الفصلين مما صورتا اتحاد الجنس واختلافه **قوله**
ان الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود وهو الستر واذهاب اثر تلك الجناية جنس واحد ولذا
حمل المطلق منها على المقيد في الاخرى **قوله** لخروج الامر من يده فانه وقع نفلا اذ لا يصح اعتاق نصف
رقبة عن كفارة وبذلك خرج من يده امكان ان يجعله عن احدهما لانه سيجد ما وقع على وجه لا ينقلب
الى غيره **قوله** فيلغوا واذا لغت بقي نية مطلق الظهار فكانه لم يعين لهما شيئا كما لو اطلق في الابتداء
قوله واختلاف الجنس الى اخر لما اختلفت باختلاف الجنس واتحاده اجرية المسايل فاد ما به الاختلاف
والاتحاد فما اختلف سببه فهو المختلف وما اتحد والصلوات كلها من قبل المختلف حتى الظهرين من
يومين لاختلاف السببين اعني الوقتين حقيقة وحكما اما حقيقة فظاهر وكذا حكما لان الخطاب لم
يتعلق بوقت بجمعها بل بالدلوك وهو من يوم غيره من اخر بخلاف صوم رمضان لانه معلق بشهود
الشهر وهو واحد جامع الايام كلها بليلها وكل يوم وان كان سبب بعينه فكذا شهود الشهر
فاجتمع في وجوب صوم كل يوم سببان شهود الشهر وخصوص اليوم فباعتبار احد السببين
يحتاج في نية قضايه الى تعيين يوم السبب او يوم الاحد وشرط في الصلوات فان تعذر
عليه معرفة يومي الظهرين ينوي اول ظهر عليه او اخر ظهر عليه او ان لم يكن ساقط الترتيب وقد
استغناه في باب شروط الصلاة وكذا شرط التعيين في اليومين من رمضانين فينوي عن الرمضان
الاول او الثاني لاختلاف السبب مطلقا لعدم تعلق الخطاب بصومها بزمان بجمعها ولو نوى ظهرا
وعصرا او ظهرا وصلاة الجنازة لم يكن شارعا في شيء منها للتنافي وعدم الرجحان بخلاف ما لو نوى
ظهرا ونفلا حيث يقع عن النفل عند ابي يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة ترجيحا للاقوى ولا
يصير شارعا عند محمد اصلا للتنافي ولو نوى صوم القضاء والنفل والزكاة والتطوع او الحج المنذور
والتطوع يكون تطوعا عند محمد لان النيتين لما بطلتا بالتعارض بقي مطلق النية وبها يقع النفل
وعند ابي يوسف يقع عن الاقوى لان نية التطوع غير محتاج اليها فلغت فبقي نية القضاء ولو نوى
حجة الاسلام والتطوع فهو عن حجة الاسلام اتفاقا عند ابي يوسف لما ذكرنا وعند محمد لا يجزيه
بطلان الجهتان بالتعارض بقي مطلقا ونيه ينادي ذي حجة الاسلام والله اعلم ولو نوى القضاء وكفارة
الظهار كان عن القضاء استحسانا وفي القياس يكون تطوعا وهو قول محمد لقوة جهة القضاء
عام مطلقا وجه الاستحسان ان القضاء اقوى لانه حق الله تعالى على الخلوص وكفارة الظهار
لا يستقل حق له فيترجح القضاء وعن محمد فيمن نذر صوم يوم بعينه فنواه وكفارة اليمين انه عن
النذر لانه نفل في اصله وقدمنا هذا في كتاب الصوم وذكرنا الزام محمد شروعه في النفل

في صورة بينة الظهور والنقل فارجع اليه فليكن هذا وراية عنه فيه هذا ومما يعكر على الاصل المهد
ما عن ابن يونس في المنتقى لو تصادق بدارهم عن عين وظهر فله ان يجعله عن احدهما استحسانا والله الموفق

باب اللعان

هو مصدر لاعن سماعي كالتباس الخاصة وكثر من النحاة
يجعلونه الفعال والمفاعلة مصدرين اي لعن نفسه ولعن اذا فعل غيره ومنه رجل لعنة بفتح العين
اذا كان كثير اللعن لغيره وبسكونها اذا لعنه الناس كثيرا **قال** والصفا كرمه
فان سبيكه حق وملك لعنة للترك وفي الفقه هو اسم لما يجري بين الزوجين من الشهادات بالالفاظ
المعروفة سمي ذلك به لوجود لفظ العين في الخامسة تسمية الكل باسم الجزء ولم يسم باسم من الغضب
وهو ايضا موجود وانما خص به لامها وذلك في كلامه وهو اسبق والسبق من اسباب الترجيح وشرطه
قيام النكاح وما سيذكره وسببه قذفه زوجته بما يوجب الحد في الاجنبية وركنه ذلك المخصوص
وحكمه حرمتها بعد التلاعن على ما سيأتي واهله من كان اهلا للشهادة **قوله** اذا لقذف الرجل امراته
بالزنا بان يقول انت زانية او رايتك تزنين او يا زانية هذا مذهب الجمهور وفي المشهور
عن مالك لا يجب بقوله يا زانية بل يجب فيه الحد وهو قول الليث وعثمان البتي ويحيى بن سعيد واحتجوا
بان الكل رمي بالزنى وهو السبب ولا فرق **قوله** وهما من اهل الشهادة اي من اهل اداءها على المسلم
واجرى اللعان بين الحادرين والمملوكين واذا كان احدهما مملوكا او صبيا او مجنونا او محدودا في قذف
او ورد انه يجري بين الاعميين والفاسقين مع انه لا اداء لهما ودفع لئلا من اهله الا انه لا يقبل التفسق
ولعدم تمييز الاعمى بين المشهود له وعليه وهذا هو يقدر على ان ينفصل بين نفسه وامراته فيكون اهلا
لهذه الشهادة دون غيره وروى ابن المبارك عن ابي حنيفة رضي الله عنه ان الاعمى لا يلاعن **قوله** د
ممن يحد قاذفها فلو كانت لا يحد قاذفها بان تزوجت بنكاح فاسد ودخل بها فيه او كان لها ولد ليس
له اب معروف او زنت في عمرها ولو مرة او وطئت وطئا حراما بشبهة ولو مرة لا يجري اللعان
واورد ما فائدة تخصيص المراة بكونها ممن يحد قاذفها وهو شرط في جانب الرجل ايضا حتى لو كان الزوج
ممن لا يحد قاذفه لا يجري اللعان ايضا وان كانت هي ممن يحد قاذفها واجاب في النهاية بان اللعان
في حقها قايم مقام حد القذف ولا بد من احصانها حتى يقع مقام حد القذف وعند عدم احصانها قذفها
لا يكون موجبا شيأ لا حد القذف ولا اللعان اما قذف الرجل عند عدم احصانه فموجب ما هو الاصل
وهو حد القذف فلم يخل قذفه عند عدم احصانه عن موجبه فلذلك لم يشترط كونه ممن يحد قاذفه
اذ الحد اصل اللعان فكان في معنى اللعان قال في شرح الكنز هذا خطا فاحش لان من شرط اللعان
ان يكون من اهل الشهادة لانه شهادة وكونه ممن لا يحد قاذفه كالزاني لا يخل بهذا الشرط لان اللعان
يجري بين الفاسقين وانما اشترط ذلك فيها لتثبت عفتها لان حد القذف لا يجب الا اذا كان المقذوف
عفيفا عن الزنى فكذا اللعان لانه قايم مقام احد قذفيها لان من شرط اللعان ولم تطالب المراة بموجب
القذف وهو الحد واذا لم تكن ممن يحد قاذفها لم يكن لها المطالبة بذلك فلا يتصور اللعان ولم يوجد في حقه
هذا المعنى فلا يتحقق معنى ما ذكر انتهى الحاصل ان المراة هي المقذوفة دونه فاختصت باشتراط كونها
ممن يحد قاذفها بعد اشتراط اهلية الشهادة بخلافه ليس المقذوف وهو شاهد فيشترط اهلية
الشهادة دون كونه ممن يحد قاذفه **قوله** والاصل ان الاصل في اشتراط اهلية الشهادة
فيها واشتراط كونها مع ذلك عفيفة ممن لا يحد قاذفها ان اللعان شهادات موكدات بالايمان
فلذلك اشترطنا اهلية الشهادة وانه قام مقام حد القذف في حقه اي قذفه لها فلذلك اشترطنا
كونها ممن يحد قاذفها وقام مقام حد الزنى في حقها ان كان حادثا **قوله** عندنا قيد بهذا الظرف ليفيد
الخلاف فعند الشافعي اللعان ايمان موكدات بالشهادات وهو الظاهر من قول مالك واحمد من كان
اهلا لليمين وهو من يملك الطلاق فكل من يملكه فهو اهل له عنده ويجب اللعان من كل زوج عاقل وان كان كافرا

او عبدا او محدودا قول مالك واحمد رواية كقولنا ورجح قوله تعالى في الشهادة احدهم اربع شهادات
بالله فقوله اليمين كان معها فجعلنا المتحمل على الحكم الا حلفه على حقيقته متعذرا لان المزعوم في الشرع
عدم قبول شهادة الانسان لنفسه فلا يمينه ولذا المعهود شرعا عدم تكرار الشهادة في يمين واحدة
اليمين فانه معهود في القسامة ولان الشهادة لا تثبت الا بالعدد واليمين للنفي فلا يضر وتعلق حقيقتهما
بامرين واحد فوجب العمل بحقيقة احدهما فلم يجز الاخر فليكن المجاز الاخر لفظ الشهادة لما قلنا من المرجحين المذكورين
وهذا التقرير يقتضي ان على مذهبه يوجب ان يتعالى ايمان موكدة بايمان لان ايمان موكدة بالشهادة فولنا
الاية المذكورة يحمل على حقيقة يجب عند الامكان وقوله تعالى ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم اثبت
انهم يشهدون الا ان الاستثناء من النفي اثبات وجعل الشهداء مجازا عن الحالفين يصير المعنى ولم يكن لهم حالفون
الا انفسهم وهو غير مستقيم لانه يفيد انه لم يكن للذين يرمون ازواجهم من يحلف لهم يحلفون هم
انفسهم وبعد افتراض تصور حلف الانسان لغيره وهو وجوده اصلا فلو كان معنى اليمين حقيقتها
لتعطل الشهادة كان هذا صارفا عنه الى مجازه فكيف وهو مجازي لها ولو لم يكن هذا كان ايمانا لان العمل
بالحقيقة موجبا لعدم العمل على اليمين مكيف وهذا صارف عن المجازي وما نوهوا صار فاما ذكر غيره لزم
قوله فتبطل الشهادة لنفسه وتكرر الا ولا الا عهد بها قلنا وكل من حلف لغيره الحلف لا يجاب
الحكم لا عهد به بل اليمين لدفع الحكم فان جاز لمن له ولاية الايجاب والاعدام والحكم ثبت ما اراد شرعه
هذا بين الامرين في محل بعينه ابتداء جاز له ايضا بشرعية ذلك ابتداء لما اقترب في النذر
لعظيمة لون التعدد في ان المحل ارضا بدا عما عجز عنه من اقامة شهود الزنى وهم اربع وعدم
قبول الشهادة لنفسه عند التهمة ولذا ثبت عند عدمها اعظم ثبوت قال الله تعالى شهد الله انه
الا هو فغير بعيد ان يشرع عند ضعفها بواسطة تاكدها باليمين والزام اللعنة والغضب
ان كان كاذبا مع عدم ترتب موجبه في حق كل من الشاهدين اذ موجب شهادة كل واحد اما
الحد على الاخر وليس في ذلك بثابت مقابل الثابت عندهما ما هو الثابت بالايمان وهو الدفاع
موجب دعوى كل عن الاخر وانما قلنا عندهما ولم نقل بهما لان هذا الاندفاع ليس موجب للشهادتين
بل هو موجب تعارضها واما قوله اليمين للنفي بالاخره فمجمله ما اذا وقعت في انكار ودعوى مدع
والا فقد تحلف على اخبار بامر ثبوتي او اثباتي وهنا كذلك فانها على صدقه في الشهادة ولكن انها
على ما وقعت الشهادة به وهو كونه من الصادقين فيما رماها به كما اذا حلف ايمانا على امر واحد تخبر
فان هذا هو حقيقة كونها موكدة للشهادة اذ لو اختلف متعلقها لم يكن احدهما موكدا للاخر وتمرة
الخلاف تظهر في اشتراط اهلية الشهادة وعدمها **قوله** قايمة مقام حد القذف في حقه
اي بالنسبة الى كل زوجة على حدة لا مطلقا الا يرى انه لو قذف بكلمة او بكلمات اربع زوجات
له بالزنى لا يجزيه لعان واحد لهن بل لا بد ان يلاعن كل منهن على حدة ولو لاعن اجنبيات فقذفهن
حد واحد لهن وسبب هذا الافتراق ان المقصود يحصل في اقامة الحد الواحد للكل ويندفع
اللعان عنهن ويحصل ذلك في اللعان الا بالنسبة الى كل واحدة وبتعدد اجتماع الكل في كلمة **قوله**
ويجب بنفي الولد هم اعم من كونه ولده منها او ولده من غيره ويجب ارادة هذا الاطلاق فقوله في الغاية
او نفى نسب ولدها الموطوء على فراشه لا يفيد لانه لو نفى نسب ولد امن غيره من ابيه المعروف
يكون قد قالها لا لونقاه عنه اجنبي فيكون موجبه اللعان لما تلونا لكن في شرح الكنز **قوله**
ولا يعتبر احتمال الولد من غيره بوطي بشبهة او زنا اجاب بانه احتمال لا يعتبر لان النسب وان كان مما يثبت
من الوطي بشبهة لكن الواقع انتفاء ثبوته هنا من هذا الفراش القايم فاذا نفاه عنه مع عدم
ثبوته عن غيره كان نفيا لثبوت النسب مطلقا ويستلزم كونه عن زنى فكان قذفا لم يظهر خلافه

ولم يظهر بعد وانما بقي فيه احتمال كونه في نفس الامر عن زنى واعترف به فان هذا الاحتمال قايم بعينه فيما
اذا صرح بنسبه امه لمجرد الزنا به ثم اشتبهه بما اذا نفى اجنبي نسبه عن ابيه المعروف يعني فانه يكون قاذفا
موجبا للحد وان كان ذلك الاحتمال قايما فيه وهذا مصرح بخلاف ما في المحيط من انه اذا نفى الولد فقال ليس
بابني ولم يقل انا بالزنى لا لعان بينهما لان النفي يقذف لها بالزنى لتيقنا لذلك الاحتمال وفي النهاية والدراية
حملا هذا قول الشافعي ثم قال واجمعوا انه لو قال لاجنبية ليس هذا الذي ولدته من زوجك لا يصير
قاذفا فاما لم يقل انه من الزنى قال والقياس ما قاله الشافعي الا انا تركنا * لضرورة في اللعان لان الزوج قد
يعلم ان الولد ليس منه لعلمه انه لم يقربها او عزل عنها عزلا بينا لا يدري من ايش هو يعني فيحتاج الى نفيه
لانه لا يستلحق من ليس منه يقينا ولا يمكنه الا باللعان وشوته فوق اعتباره قاذفا فاعتبر كذلك
الضرورة منعدمة في حق غيره وجواب الفصلين يخالف جوابهما المصرح في الهداية والعجب من صاحب الدراية
حيث قال في تقرير قوله في الكتاب وانما اعتبرناه احتمال ان يكون الولد الخ اعترضه لانه يصير قاذفا بالاجماع مع وجود
هذا الاحتمال فيما اذا نفى اجنبي نسبه عن ابيه المعروف وتبعه من الايضاح والمبسوط ثم نقل قول الشافعي كما في النهاية
ثم اورد صورة الاجنبية منعيا عليه له فقال كما لو قال لاجنبية ليس هذا الولد من زوجك ولم ينعه وجوابه
بما ذكر في جوابه الفرق الذي ذكره في الهداية بين قوله لاجنبية وقوله لزوجته وهو تناقض ظاهر ومخالف
لما ذكره في الكتاب وغيره من المواضع كالايضاح والمبسوط وغيرها وما في كتاب الحدود فانه قال ومن نفى
نسب غيره فقال لست لابيك فانه يحد قيل وذكر في جواهر الفقه وغيره لو قال وجدت معها
رجلا يجامعها ليس بقذف لها لانه تحتمل الحل والجماع لشبهة والنكاح الفاسد فكان ينبغي ان يكون
لذلك هنا يعني في نفي نسب ولده من زوجته اجيب عنه بانا جعلنا كالتصريح بالزنى للضرورة
التي بينا ها قلت وعلى ما هو الحق فالجواب ان الجماع لا يستلزم الزنا بخلاف قطع نسبه من كل وجه
على ما قررنا فانه يستلزمه **قوله** ويشترط طلبها وبه قالت الائمة الثلاثة لانه اي اللعان
حق لها لانه لدفع العار عنها فيشترط طلبها بخلاف ما اذا كان القذف بنفي الولد فان الشرط طلب ايّ نفي
من ليس ولده منه فان امتنع حبسه الحاكم حتى يلاعن او يكذب نفسه فيحد وعند الشافعي اذا امتنع
حد حد القذف ولذا اذا لاعن فامتنعت عدن تحد حد الزنى وعندنا تحبس حتى تلاعن او تصدقه
فيرتفع سبب وجوب لعانها وهو التكاذب لان اللعان انما يجب اذا كذب كل الاخر فيما ادعاه
والاوجه كونه القذف فهو السبب والتكاذب شرط وفي بعض النسخ فيرتفع الشنيع وهذا اذا
اعترفت بالقذف فلو انكر فاقامت بينة قبلت ولزمه اللعان وفي الجامع قومات الشاهدان
او غابا بعد ما عدلا لا يقضي باللعان وفي المال يقضي بخلاف ما لو عميا او فسقا او ارتد احيث يلاعن بينهما
وفي بعض نسخ العذر بي او تصدقه فيحد وهو غلط لان الحد لا يجب بالاقرار مرة فكيف يجب بالتصديق
اربع مرات لان التصديق باقرار وقصدا بالذات فلا يعتبر في وجوب الحد في دريه فيندفع به
اللعان ولا يجب به الحد ولو صدقته في نفي الولد فلا حد ولا لعان وهو ولد لها لان النسب انما
ينقطع حكما للعان ولم يوجد وهو حق الولد فلا يصدقان في ابطاله وجه قول ان في ان الواجب بالقذف
مطلقا الحد بعموم قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم الا انه يتمكن
من دفعه فيما اذا كانت المقذوفة زوجته باللعان تخفيفا عليه فاذا الزمه دفعه به يحد وشرعه في المراة
اذا لم يلاعن بعد ما اوجب الزوج عليها اللعان لعانه فاذا امتنعت حدت للزنى وبشهد له قوله
تعالى وليدرأ عنها العذاب ان تشهد اربع شهادات قلنا قوله تعالى والذين يرمون ازواجهم بيان
قوله تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات اي فالواجب شهادة احدهم وقد صرف ان فاجرا احد قذف
بعدها المئين اكثيرا فاذا ان الواجب في قذف النسا اللعان فاما ان يكون ناسخا او مخصصا لعموم
ذلك العام للاجماع على انه ليس بمنسوخ وعلى التقدير ين لزم كون الحكم ان ثابتا في قذف الزوجات

اما مر هذا فلا يجب عين عند الامتناع عن اتيانه على الحبس لانه كما في كل حق امتنع من هو عليه عن ايفايه
لا يتيقن ليوفيه والثابت عندنا انه بطريق النسخ لانه لم يقارن العام وهو مخصص او دليل متاخر
على ما مر وروى انه صلى الله عليه وسلم قال للذي قذف ابنة سحماء ائت باربعة شهدا والا فحد في ظهرك فنزلت اية
اللعان ولم يعين يكون المراد من العذاب في الاية الحد لجواز كونه الحبس واذا قام الدليل على ان اللعان
هو الواجب وجب حمله عليه قيل والعجب من الشافعي لا يقبل شهادة الزوج على الزنى مع ثلاثة عدول
ثم يوجب الحد عليها بقوله وحده وان كان عبدا فاسقا واعجب منه انه عين عنه وهو لا يصلح لاكتساب
المال وانما اسقاطه بعد الوجوب واسقط به كل من الرجل والمراة الحد عن نفسه واوجب به الرجم
الذي هو اغلظ الحدود وعلى المراة فان قال انما وجب عليها لتكولها بامتناعها عن اللعان قلنا هو ايضا من ذلك
العجب فان كون النكول اقرارا فيه شبهة والحد مما يندفع بها مع انه غاية ما يكون بمنزلة الاقرار
من ثم ان عنده هذه الشبهة اثرت في منع احد اللعان مع انه ثبت مع الشبهة فكيف يوجب الرجم
به وهو اغلظ الحدود واصعب اثباتا واكثر شروطا وفي كافي الحاكم اذا شهد الزوج وثلاثة نفر
على امراته بالزنى جازت شهادتهم فتحد هي وان كان الزوج قذف وجاء بثلاثة نفر فشهدوا احد الثلاثة
والزوج **قوله** او كافرا صورته ما اذا كان الزوجان كافرين فاسلمت هي فقذفها الزوج قبل
عرض الاسلام عليه **قوله** فصار الموجب الاصلي وهو الثابت بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات
يعني الحد ولا محرر في هذا الكلام الا ان يكون الموجب الاصلي هو الحد في حق العموم وقد جعل له ان يسقط
باللعان لما قال الشافعي واما على ما قررنا من ثبوت نسخ في قذف الزوجات فلا يكون للحد وجود في حقهن
ان يقال النص اما نسخ حكم الحد في حق من كان من اهل الشهادة من الازواج في كل زوج لان لفظة الناسخ
ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم شهادة احدهم تفيد ذلك فيبقى العام موجبا حكمه وهو وجوب الحد فيمن لم
يكن اهلا فيعمل بمقتضاه **قوله** وان كان اي الزوج من اهل الشهادة وهي ليست من اهلها او من اهلها
الا انها لا يحد قاذفها بان تكون قد زنت في عمرها فلا حد ولا لعان وهو ظاهر فيما اذا كانت لا يحد قاذفها
اما اذا كانت ممن يحد قاذفها الا انها ليست من اهل الشهادة بان تكون عفيفة محدودة في قذف فقد
قيل امتناع اللعان لعدم شرطه من ان ليستلزم امتناع الحد والحال انها ممن يحد قاذفها فصار
كامتناع اللعان من جهة الزوج لم يسقط الحد عنه والجواب ان الزوج لما كان اهلا للعان بان كان اهلا
للشهادة لم يحكم بقذفه الا باللعان لا الحد فاذا امتنع من جهتها امتنع تمام الموجب فلان ما اذا امتنع
من جهته لعدم اهليته للشهادة فان حكم قذفه ليس اللعان بل الحد لما بينا **قوله** والاصل في ذلك
قوله صلى الله عليه وسلم اربعة لا لعان بينهم اخرج ابن ماجة في سننه عن ابن عطا عن ابيه عن عطا الخراساني
عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال اربعة من النسا لا ملاعنة بينهم النصرانية
تحت المسلم واليهودية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك واخرجه الدارقطني
عن عثمان ابن عبد الرحمن الوقاصي عن عمرو بن شعيب واخرجه بالطريق الاول ايضا وقال وتابعه يعني
تابع عثمان بن عطا الخراساني يزيد ابن زريع عن عطا وهو ايضا ضعيف وروى عن الاوزاعي وابن جريج
وهما امامان عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده من قوله ولم يرفعاه ثم اخرجه كذلك موقوفا ثم اخرجه عن
عمار بن مطر عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكر نحوه وضعف رواته
وانت علمت ان الضعيف اذا تعددت طرقه كانت حجة وهذا كذلك خصوصا وقد اعتضد برواية
الامامين اباه موقوفا على جده عمرو بن شعيب على ان معنى الحديث المذكور مما يدل عليه اية اللعان
على التقدير الذي ذكرناه من انها شهادات الى اخره **قوله** ولو كانا محدودين فعليها الحد لا امتناع
اللعان بمعنى من جهته ولذا اذا كان هو عبدا او هي محدودة في قذف تحد لما ذكرنا خلاف ما اذا

كانا كافرين او مملوكين حيث لا يجب عليه الحد وان امتنع من جهته لان قذف الامة والكافر لا يوجب كالقذف المحدود اذا كانت عفيفة فانها لو قذفها اجنبي لم يحد فكذا الزوج ولو قذف الكافر او الامة اجنبي لم يحد فكذا الزوج فصار كما لو كانا صغيرين او مجنونين وعند الشافعي وغيره يلاعن لان الكل لان كل من هو من اهل اليمين فهو اهل له الا اذا كان احدهم صغيرا او مجنونا قيل عليه كما ان امتناعه ممنى من جهته كذلك هو ممنى من جهتها فكان ينبغي ان تراعى الجهتان فباعتبار جهته ينبغي ان ينتفي اللعان فقط وباعتبار جهتها لسقوط اللعان فينبغي سقوط الحد والجواب ان القذف يوجد او لا منه وهو مقتض فيه اللعان ان كان اهلا للشهادة والحد ان لم يكن وعدم اهليته مانع ذا اعتبار للمانع الابعد وجود المقتضي لان مفهوم المانعية تقتضي ذلك اذ حقيقته نسبته الى المقتضي بالمنع ذا وجوده لمقتضي اللعان فلا يعتبر المانعية من جهتها اللعان والحد انما يسقط عما من جهتها تبعا لسقوط اللعان ولم يعتبر المسقط المستتبع من جهتها فيبقى على ما كان وقد كان ثابتا فان قذف الزوج موجب للحد **قوله** وصفة اللعان الى آخر ظاهر وفي تجنيسه كذلك حتى لو اخطأ القاضي فبدأ بها قبلها لا يعتد بها فيعيد بعده وبه قال الشافعي واحمد واشهب من المالكية وفي البدايع ينبغي ان يعيد اللعان عليها لان اللعان شهادة والمرأة بشهادتها تقذف في شهادة الزوج فلا يصح الا بعد جعل شهادته ولهذا يبدأ بشهادة المدعي في باب الدعوى ثم بشهادة المدعى عليه بطريق الدفع له كذا هنا فان لم يعد حتى فرق بينهما نفذت الفرقة ان تفريقه صادف محل الاجتهاد لانه يزعم ان اللعان يمين لا شهادة ويجوز تقديم احدى اليمينين على الاخرى كتحالف المتبايعين فانه لا يلزم مراعاة وقتضاه لزوم الاعادة كقول الشافعي لكن في الغاية لو بدأ بلعانها فقط اخطأ السنة ولا يجب اعادته وبه قال مالك وهو الوجه لان النفي اعقب الدنيء بشهادة احدهم وشهادتها الدراة للحد عنها بقوله ويدرأ عنها العذاب ولان الفاء دخلت الفاعلة على شهادته على ما قلنا في سقوط الترتيب في الوضوء من انه عقب جملة الافعال للقيام الى الصلاة وان كان دخول الفاء على غسل الوجه فانظر ثمه **فرع** قذفها ثم طلقها بائنا سقط اللعان ولا يجب الحد ولو تزوجها بعد ذلك لا يعود وهو قول الاربعة ولو قذف اجنبية ثم تزوجها ثم قذفها ثانيا وجب الحد بالاول واللعان بالثاني ويحد للاول ليسقط اللعان ولو طلبت اللعان اولا يلاعن ثم يحد بخلاف حدود القذف اذا اجتمعت فانه يكفي حد واحد لاتحاد الجنس ولو قال قذفتك قبل ان اتزوجك او رميت قبل ان اتزوجك فهو قذف في الحال فيلاعن وقال مالك والشافعي وما في خزانة الاكمل من انه يلاعن في قوله رميت قبل ان اتزوجك ويحد في قوله قذفتك قبل ان اتزوجك اوجه قذفها ثم زنت او وطئت بشبهة لا حد ولا لعان ويسقط اللعان برد تها ولو اسلمت بعده لا يعود ولو قذفها ثم ابانها ليسقط اللعان ولو اكذب نفسه بعد ذلك لا يحد بخلاف ما لو اكذب نفسه بعد اللعان **قوله** لانه اقطع للاحتمال ان يضف مرجعا للضمير القريب غيرها بخلاف الخطاب وتقول هي ايضا انك لمن الكاذبين فيما رميتني به من الزنى والاولان يتيمها القاضي متقابلين ويقول له التعن **قوله** اذا انصفت اليه الاشارة انقطع الاحتمال يعني انقطع احتمال ضمير الغايب لان المراد انقطاع الاحتمال مشروط باجتماعهما لان الاشارة بانفرادها لا احتمال فيها **قوله** لا تقع الفرقة حتى لو مات احدهما قبل تفريق القاضي ورثه الآخر ولو زالت اهلية اللعان في هذه الحالة بالا يرجى زواله بان اكذب نفسه او قذف احدهما انسانا فحد للقذف او وطئ هي وطيا حراما او حرس احدهما لم يفرق بينهما بخلاف ما اذا جن قبل التفريق حيث يفرق بينهما لانه يرجى عود الاحصان ولو ظاهر منها في هذه الحالة او طلقها او آلى منها صح لبقاء النكاح غير ان وطأها محرم كما يستفاد ولو فرق القاضي بينهما بعد التعانهما فلانا خطأ نفذ تفريقه عندنا وعند زفر ومعه الائمة لا ينفذ **قوله** بالحديث يشير به الى حديث المتلاعنان لا يجتمعان ابدا فانه يفيد تعلق عدم الاجتماع باللعان كما هو المعروف من ان ترتيب

الحكم على مشتق يفيد ان مبدأ اشتقاقه علة له وسياتي الكلام على هذا الحديث وقال الشافعي رحمه الله لمجرد لعان الزوجة تثبت الفرقة بينهما والاصل له في ذلك دليلا مستدلا بما لو وقع الفرقة لمجرد لعانه قيل وينبغي على هذا ان لا يلاعن المراة اصلا لانها ليست زوجة والتمسك بمروي زفر انما يفيد حرمتها بلعانها لا لعان احدهما وهذا ان حقيقته حال اشتغالها باللعان وهو لا يدخل في الوجود جملة فلا يتعاقب فتتعذر ارادتها واقرب الاوقات اليها الحقيقة ما يعقب فراغهما من غير مهلة فاعتبرناه وبه نقول وليس بلازم من حرمتها وقوع الفرقة وما ذكروه من المعنى وهو انها لا تاتلعان بعد اللعن فليس بقاطع في ذلك بل الظاهر بل يجوز حدوث الالفة بعد غاية العداوة كما يجوز بقاء العداوة ولو كان ظاهرا لم يتنفض وقوع الفرقة بل يوجب عليه التسريح باحسان فانه بثبوت الحرمة فان الامساك بمعروف فيؤمر بالتسريح باحسان كما في ما اذا ثبتت الحرمة بالظهار فانها اذا طالبته امرأة القاضي بالتسريح لو التكفير الا ان الظلم هنا يتاتى بكل من الامرين بل بامر واحد هو الطلاق فينحصر امره فيه فاذا امتنع ناب منابه لانه نصب لرفع الظلم ودليل هذا ما في الصحيحين عن ابن عمر ان رجلا لاعن امراته على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ففرق صلى الله عليه وسلم بينهما والحق الولد بامه وما اخرجاه ايضا في حديث عويمر العجلاني لما فرغا قال عويمر كذبت عليها يا رسول الله ان امسكتها فطلقها ثلاثا قبل ان يامره رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو الذي عنى بالمتن بقوله يدل عليه قوله صلى الله عليه وسلم لذلك المتلاعنين الى آخر الجواب ما علمت ان القائل هو الرجل نفسه وكذبت بضم التاء على المتكلم قال ابن شهاب فكانت سنة المتلاعنين رواه ابو داود وقال فطلقها ثلاث تطليقات فانفذه رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان ما صنع عند رسول الله صلى الله عليه وسلم سنة قال سهل حضرت هذا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فمضت السنة بعد في المتلاعنين ان يفرق بينهما ثم لا يجتمعان ابدا قال البيهقي قال الشافعي عويمر حين طلقها ثلاثا كان جاهلا بان اللعان يفرقه فصار كمن يشرط الضمان في السلف وهو يلزمه بشرط او لم يشرط وتفريق النبي صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر تفريق حكم لا لعرفة الزوج وقول الزهري وسهل فكانت سنة المتلاعنين ان يفرق العرفة قال البيهقي الذي يدل على ذلك ما اخرجه ابو داود في سننه عن ابن عباس رضي الله عنهما في قصة هلال بن امية وتعانهما قال وقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ليس لها عليه قوت ولا سكنى من اجل انهما يفترقان بغير طلاق ولا متوفى عنها واجيب بانه لو وقع الفرقة بمجرد اللعان لا نكر عليه صلى الله عليه وسلم تطليقه وقوله صلى الله عليه وسلم لا سبيل لك عليها انما هو انكار وطلب ما لا سبيل له فيها على ما يدل عليه تمام الحديث وهو قوله في يا رسول الله مالي قال لا مال لك ان كنت صدقت عليها فهو بما استحللت من فرجها وان كنت كذبت عليها فذلك ابعد لك منها وقد تقدم تفريقه صلى الله عليه وسلم ووقوع الطلاق ولا يعارضه قول ابن عباس رضي الله عنهما من اجل انهما يفترقان بغير طلاق فانه من قوله وقد سوغ له ليس هذا مما يكون ترك الانكار فيه حجة لانا لم ندع فيه انه محرم حتى يكون ترك الانكار حجة علينا انما ادعينا انه وقع لغوا لسكوت عدم الالتفات اليه وبجاب بانه يستلزم مفسدة حينئذ لان السكوت يفيد تقريره وانه الواقع فلو كان الواقع وقوع الفرقة قبله كان السكوت مقتضيا لها المفاسد لانه يفيد تقرير وقوعه الان فيستلزم فيما لو فرض عدم طلاقه او نا ضم الطلاق حتى اعترض موتا احدهما او تكذيبه نفسه قبل طلاقه وطلاق القاضي ظن حلا فيجامعها قبل تجديد النكاح وتورث الاخ والولد ان الفرقة وقعت قبله فلا يجوز السكوت مع الاقضاء الامثل هذا فان دفع المفاسد التي توهم فيما وقوع الموت يسيرة جدا اذ الغرض ان يجدد الفراغ عندنا يامره القاضي ان يطلق فان ابى طلق هو والموت في مثل اندر ناد رقلنا ولو كان لا يجوز لانه نزل هو علامة حكم وليس هو مشروعا وايضا لحديث بريرة فانه قال فيه فانفذه رسول الله صلى الله عليه وسلم يعني امضى ذلك الطلاق وهو حجة لم

ولو هو الانه حقيقة ودوم الحجر العضد العلامة بانه عدم الجواز حقيقة باعتبار ما كان ايضا الجابر

على ان قال ان الطلاق الثلاث لا يقع او يقع واحدة ثم هو اولى من حديث ابن عباس لانه رفع امضاه على الله
عليه وسلم الطلاق وذلك لا يكون بمفهم اعتبار ذلك منه صلى الله عليه وسلم **قوله** وهو خاطب الى آخره
يعني اذا اكذب نفسه بعد اللعان والتحريق وحد اولم يحد صار خاطبا لان الخطاب يحل له تزوجها حلالا
لابي يوسف ولو اكذب نفسه بعد اللعان قبل التفريق حلت له من غير تجديد عقد النكاح كذا في الغاية
ولو اكذب نفسه قبل اللعان نظر فان لم يطلقها قبل الاكذاب حد ايضا وان اباينها ثم اكذب نفسه لا
حد عليه ولا لعان لان اللعان اثره التفريق بينهما وهو لا يتاتى بعد البينونة ولا يجب الحد لان قذفه
وقع موجبا للعان ولا ينقلب موجبا الحد لان القذف الواحد يوجب حدين خلاف اكذاب نفسه بعد اللعان
لان حد حينئذ للقذف الذي تضمنه كلمات اللعان لا القذف الاول لانه اخذ حكمه من اللعان ولذا يجد
بشهود الزنا اذا رجعوا التضمن شهادتهم نسبته الى الزنا وعلى هذا لو قال لم ازانيه انت طالق ثلاثا
لا يجب عليه الحد ولا اللعان لانه قذفها وهي زوجة ثم بانت ولو قال انت طالق ثلاثا يازانيه حد ولا تحل
له باكذاب نفسه بعد اللعان كذلك تحل له لو قذفت شخصا اجنبيا بعده فحدت او قذف هلال اجنبيا
فحد او زنت او ارتد احدهما حتى رجع بذلك احدهما سواء كان بكون احدهما شهادة او انتفاع السبب الذي كان
افترق المتلاعنان وهو على ما قالوا انه لئلا ينكر اللعان بان يقذفها مرة اخرى وهو ليشرع بين الزوجين
الامر بين الزوج ويخلوا القذف عن الموجب في الدنيا فيخرج احدهما عن الاهلية وقع الامر عن ذلك وقال
ابو يوسف رحمه الله اذا افترق المتلاعنان ولا يجتمعان ابدا فانثبت بينهما حرمة موبدة فخرمة الرضاع
وقالت الايمة الثلاثة واذا كانت حرمة موبدة لا يكون طلاقا بل فسخا ويلزم على قول ابي يوسف
الا يتوقف على تفريق القاضي لان الحرمة ثابتة قبله اتفاقا وكذا الخلاف في كون الزوجية قائمة معها
كما يكون بالظهار ولو زالت فاذا فرض ان هذه الحرمة من حين تثبت تثبت موبدة لم يتصور توقفها
على تفريق القاضي واستدلوا بالحديث المذكور في الكتاب وروى الدارقطني بسنده من حديث
ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال المتلاعنان اذا افترقا لا يجتمعان ابدا وقد طعن الشيخ ابو بكر الرازي
في ثبوته عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لان قال صاحب التنقيح اسناده جيد ومفهوم شرطه ليستلزم
انها لا يفترقان بمجرد اللعان لاحتمال ان يكذب نفسه فيحد وهو حجة على الشافعي في مقتضى دراية واخرجه الدارقطني
ايضا موقوفا على علي وابن مسعود قالا مضت السنة وروى عبد الرزاق عن عمر وابن مسعود ان
المتلاعنان لا يجتمعان ابدا وروى ابن ابي شيبة مرفوعا على عمر وابن عمر وابن مسعود اجاب المصنف
بقوله ولا يجتمعان ما دام امتلاعنين ولم يسق التلاعن ولا حكمه يعني ان الحكم في هذه القضية بعدم الاجتماع
لشرط وصفية الموضوع فهو القضية المسماة بالمشروطة ولم يبقيا بمجرد الفراغ من اللعان مثلا
عينين فلم يبق اللعان حقيقة ولا حكما بالاكذاب لنفسه لثبوت النسب ان كان القذف ينفي الولد
ولزوم الحد وحكمه عدمه فقد انتفت اللوازم الشرعية وذلك ليستلزم انتفاء ملزومها
شرعا فينتفي الحكم المذكور وهو عدم حل الاجتماع فتثبت نقيضه وهو حل الاجتماع وهذا بناء على ان المراد
بقية المتلاعنين من بينهما تلاعن قام حكما فاقدما من اراد تهما باعتبار قيام المتلاعن حقيقة
متعذر لا شك انه يثبت قيام التلاعن حكما بتقدير ان يراد من وحدة بينهما لعان في الخارج وعلى هذا
التقدير لا اجتماع تعود الاكذاب اذا ارتفاع حكمه وقطع اعتباره قائما شرعا عند الاكذاب
لا بوجب ارتفاع كونه قد تحقق له وجود في الخارج والذي ينبغي النظر فيه في الاحتمالين ارجح والله ان
الثاني اسرع على النهج والله اعلم واما ما استدل به من المعنى وهو لزوم العداوة والظنة بحيث
يمنع حصول الانتظام قد منا منعه وما ذكره بعضهم من ان سبب تاكد الحرمة كون احدهما ملعونا
او مغضوبا عليه فما البعد عن الفقه اذ لا شك في بقاء اسلام كل منهما غير انه صنع كبيرة تمنع منها
التوبة بفضل ذي الفضل جل جلاله وهذا القدر لا يمنع التناكح **قوله** ولو كان القذف ولد نفي القاضي

نسبه ولحقه بامه شرط هذا الحكم ان يكون العلوق في حال يجري بينهما فيه اللعان حتى لو علق وهي
تحت امة ثم عتقت واسلمت ينتفي نسب ولدها لا ينتفي ولا تلاعن لان انتفاءه انما يثبت شرعا حكما
للعان ولا لعان بينهما لان نسبه كان ثابتا على وجه لا يمكن قطعه فلا ينقطع والله اعلم وفي الدخيرة لا يقع
اللعان بنفي الولد في المجبوب والخصي ومن لا يولد له ولد لانه لا يحوجه الولد وفيه نظر لان المجبوب
ينزل بالسحق ويثبت نسب ولده على ما هو المختار ولا لعان في القذف بنفي الولد في نكاح فاسد
وعند الشافعي واحمد يجب اللعان به وكذا في نفيه من وطي بشبهة وعند ابي يوسف فيهما احد واللعان
لانه يلحقها بالنكاح الصحيح وفي الدخيرة قذفها بنفي ولد كاذبا فلم يلتعنا حتى قذفها اجنبي به حد الاجنبي
يثبت نسب الولد من الزوج ولا ينتفي بعد ذلك لانه لما حد قاذفها حكم بكذبه **قوله** وصورة
اللعان اي في القذف بنفي الولد **قوله** لما روي انه صلى الله عليه وسلم نفى نسب ولد امراة هلال
قيل غلط فانه لم يكن لامراة هلال ولد ولا قذفها بنفي ولد وقيل المراد بنسب ولدها الذي اتت به
فانها حملت من الوطي الذي قذفها به والحديث في البخاري وابو داود تختلف الفاظها وتتفق
عن ابن عباس قال جاء هلال بن امية من ارضه عشاء فوجد عند اهله رجلا فراى ذلك بعينه وسمع
باذنه فلم يهجه حتى اصبح ثم غدا على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله اني جئت اهلي عشاء
فوجدت عندهم رجلا فراى بعيني وسمعت باذني فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم ما جاء به واشتد
عليه فنزلت والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم الاية فسري عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم وقال ابشر يا هلال فقد جعل الله لك فرجا ومخرجا فقال هلال قد كنت ارجو ذلك
من ربي تعالى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ارسلوا اليها فجاءت فتلا عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم
وذكرهما واخبرهما ان عذاب الاخرة اشد من عذاب الدنيا وقال هلال والله لقد صدقت عليها
فقالت كذب فقال صلى الله عليه وسلم لاعنوا بينهما فشهد هلال اربع شهادات بالله انه لمن الصادقين
فلما كان الخامسة قيل له اتق الله فان عذاب الدنيا اهون من عذاب الاخرة وان هذه هي الموجبة
التي توجب عليك العقاب فقال والله لا يعذبني الله عليها كما لم يجلدني عليها فشهد الخامسة ان لعنة
الله عليه ان كان من الكاذبين ثم قيل لها اشهدي فشهدت اربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين
فلما كانت الخامسة قيل لها اتقي الله فان عذاب الدنيا اهون من عذاب الاخرة وان هذه الموجبة
التي توجب عليك العقاب فتلكات ساعة ثم قالت والله لا افضح قومي فشهدت الخامسة
ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وقضى ان لا يدعى ولدها ولا
ترمى ولا يرمى ولدها ومن رماها او رمى ولدها فعليه الحد وقضى ان ليس لها عليه ولا قوت
من اجل انه يفترقان من غير طلاق ولا متوفى عنها وقال صلى الله عليه وسلم ان جاءت به اصيهب اريصح
اثيبج ناتي الاليتين خمشي الساقين فهو لهلال وان جاءت به اورق جعدا جماليا خدلج الساقين
سابغ الاليتين فهو الذي رميت به فجاءت به اورق جعدا جماليا خدلج الساقين سابغ الاليتين
لولا الايمان لكان لي ولها شان قال عكرمة وكان ولدها بعد ذلك اميرا على مصر وما يدعى لاب هذا
في لفظ ابي داود وفي رواية اخرى سابر اليوم لا افضح قومي وفي مسلم والنسائي عن انس ان هلال
ابن امية قذف امراته بشريك بن سحماء وكان اخا البراء ابن مالك لامه وكان اول رجل لاعن في
الاسلام فقال صلى الله عليه وسلم انظروها فان جاءت به ابيض سبطا وضي العينين فهو لهلال
ابن امية وان جاءت به اكحل جعدا خمش الساقين فهو لشريك بن سحماء قال فجاءت انها جاءت
به اكحل جعدا خمش الساقين فهذا وما قبله يدل على انها كانت حاملا وقطع نسب الولد
الذي ياتي به وفي سنن النسائي ايضا عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لاعن بين العجلاني
وامراته وكانت حبلى واخرجه عبد الرزاق هكذا ايضا وقال زوجها ما قربتها منذ كذا وكذا ولا عفار النخل

اذا كانت لا تسبق بعد الاياد بشهرين فقال صلى الله عليه وسلم اللهم بين فجاءت بولد على الوجه المكروه وروى
ابن سعد في الطبقات في ترجمة عويمر عن عبد الله بن جعفر قال شهد عويمر بن الحارث الحجلاني وقد رمى
امراته لشريك ابن سحماء وانكر حملها فلاعن بينهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي حامل فرابها بيلعان
فاميس عند المنبر ثم ولدت فالحق الولد بالمراة وجاءت به اشبه الناس بشريك بن سحماء وكان عويمر
قد رآه مع قومه وقالوا امراة لا نعلم عليها الا خيرا فلما جاءت اشبه لشريك عد الناس وعاش المولود سنتين
ثم مات وعاشت امه بعده يسيرا وصار شريك بعد ذلك عند الناس بحال سوء قال الواقدي وحدثني غير
الضحاك بن عثمان ان عويمرا اضاف الحديث الى ان قال ولم يجد رسول الله صلى الله عليه وسلم عويمرا في قذفه
شريك ابن السحماء وشهد عويمر ابن الحرث شريك ابن السحماء اجمع رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما
ان الولد عاش سنين ومات وشبهه ما نسب به قضته هلال الى شريك اليه ايضا في قصة عويمر
قيل وجمع بينهما بانهما واقعتان وفي النفس منه شيء وفي الصحيحين ايضا عن ابن عباس في قصة هلال
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اللهم بين فوضعت شبيها بالذي ذكر زوجها انه وجده عند اهله فلاعن
رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي هذا ان اللعان بينهما كان بعد الوضع وفيما تقدم خلافه وهذا تعارض
قوله وتضمن النفي الخ اجره اي يثبت قطع النسب فيه من النفي بالتفريق قوله وعن ابي
يوسف ان القاضي يفرق الخ اي يثبت قطع النسب فيه من التفريق لانه اي التفريق بعد اللعان
قوله ينوك عنه اي عن نفي الولد كما لو مات الولد قبل اللعان فانه يفرق بينهما باللعان وانقطع
نسب ذلك الولد ولو نفى نسب ام الولد انتفى الولد ولا لعان ولا تفريق به قوله ولا بد من ذكره
حتى لو لم يقله وانتفى النسب عنه قال الامير هذا صحيح والوجه عن مالك فادعى الملاعن بالبنت
نسبه وجد فلو كان قد ترك ولدا يثبت نسبه من الاب وورثه الاب لاحتياج الى النسب
ولو ترك بنتا ولها ابن فاكذب الملاعن نفسه يثبت عند ابي حنيفة خلافا لهما وقيل الخلاف على العكس
له ان الابن يعير بانتفاء نسب امه كابيه فهو محتاج الى اثبوت نسبه قوله فان عاد الزوج
فاكذب نفسه اي بعد اللعان ونفى الولد قوله وهذا عندهما اي عند ابي حنيفة ومحمد كما سبق
قوله وكذلك ان قذف غيره الخ اعلم ان ما قدمناه من زوال الاهلية بعد اللعان والقذف
بمجرد الزنى قوله وكذا اذا زنت محدت قيل لا يستقيم لانها اذا حدت كان حدها الرجم فلا يتصور
حدها للزوج بل بمجرد ان تزني تخرج عن الاهلية ولذا اطلقنا فيما قدمناه ومنهم من ضبطه بتشديد
النون بمعنى نسبت غيرها للزنى وهو معنى القذف فيستقيم حينئذ توقف حدها الاول على حدها
لانه حد القذف وتوجيه تحقيقه ان يكون القذف واللعان قبل الدخول كما تم زنت فحدت
فان حدها حينئذ الجلد لا الرجم لانها ليست بمحصنة واستشكل بان زوال اهلية الشهادة
بطرو الفسق مثلا لا يوجب بطلان ما حكم به القاضي عنه في حال قيام العدالة فلا يجب بطلان
ذلك اللعان السابق الواقع في حال الاهلية ليبطل اثره من الحرمة قوله ولو قذفها وهي صغيرة
او مجنونة فقذفا مقتصرا فلا لعان ولذا لو اسند القذف وهي ممن يجد قاذفها في الحال بان قال
زنيت وانت صبية او مجنونة وجنونها معهود لم يكن قذفا في الحال لان فعلها لا يوصف بالزنى
خلاف قوله زنيت وانت ذميه او مسلمة ابن عشر سنة وعمرها اقل من ذلك فانه يقتضي قوله لانه
اي اللعان يتعلق بالصريح لحد القذف ولانه شهادة حتى يختص بلفظ الشهادة فلو قال احلفت
كان اشهد لا يجوز ولا شهادة للاخرس في الاموال فضلا عن هذا ولذا اذا كانت خرساء لا لعان لان قذفها
لا يوجب الحد لاحتمال انها تصدقه او لتعذر الاتيان بلفظ الشهادة قوله وفيه خلاف للشافعي
ومالك والظاهرية فيلاعن بالاشارة عندهم اعتبروه بوقوع طلاقه وصحة بيعه وسائر تصرفاته
وقالوا ان امامة بنت ابي العاص امتنعت فقيل لها لفلان كذا ولفلان كذا فاشارت اي نعم فرأوا انها

وصية قلنا لم يثبت ذلك ولو ثبت فتجويز الوصية ممن اعتقل لسانه بالاشارة لا يستلزم جوازه
بها فلا يجوز اللعان كان الاشارة تعرى عن الشبهة ولحد يندرئ بها بخلاف غيره فانه ثبت بها قوله
وهذا قول ابي حنيفة وزفر وبه قال احمد واسحاق والثوري والحسن البصري والشعبي وابن ابي ليلى وابو ثور
وبقولها قال مالك وابو حنيفة اذا قوله وقال ابو يوسف ومحمد اللعان يجب على الخرس بقذف
الوضع اذا وضعته لاقل من ستة اشهر من وقت القذف للتيقن بقيام الحمل عند القذف وذكر الطحاوي
عن ابي يوسف انه يلاعن قبل الولادة كقول الشافعي لحديث هلال بن امية انه صلى الله عليه وسلم لاعن بينهما
وكان قذفها حاملا على ما تقيد القضية التي ذكرناها قوله يصير كالمعلق قال ان كان في بطنك ولد فهو
من الزنى ولو قال لا يلزمه الحد فكذا ما بمعناه وان لم يكن حقيقة المعلق اذ بالولادة يظهر انه كان قذفا
منجزا لكن فيه بشبهة التعليق اذ كل موقوف بشبهة التعليق اذ لا يعرف حكمه الا بعاقبته فهو كالشرط
في معناه وشبهة التعليق لحقيقته فيما يندرئ بالشبهات وبثبوت الشبهة امتنع لعانها ملاعندنا لان
الحمل وان رتب عليه احكام كرد المبيع به والارث له والوصية به وله ولا يثبت مع الشبهة وهلا
لم يكن قذفها بنفي الحمل بل بالزنى قال وجدت شريك بن سحماء يطأها بزنى الخ وقوله صلى الله عليه وسلم انظروا
فان جاءت به كذا الخ اخرها قدمنا فانظره كان اما العلمه صلى الله عليه وسلم بحملها من طريق الوحي او ان اللعان
تاخر حتى ظهر الحمل وكذا انكر احمد بن حنبل لعان هلال بالحمل قاله ابن الجوزي على ان كون لعانها كان قبل
الوضع معارض فقد قدمنا من الصحيحين عن ابن عباس ما يفيد انه كان بعد وضعها وهو قوله فقال صلى الله
عليه وسلم اللهم بين فوضعت شبيها بالذي ذكر زوجها انه وجده عند اهله فلاعن رسول الله صلى الله عليه وسلم
بينهما ولا يستدل باحدهما بعينه لان التعارض يوجب التوقف قوله ولان الاحكام لا تترتب عليه
اي على الحمل الا بعد الولادة للاحتمال قبلها اذ يحتمل كونه نفخا او مائا وقد اخبرني بعض اهل علم عن بعض خواصها
انها ظهر لها حمل واستمر الى تسعة اشهر ولم يشكل فيه حتى تهيئن اله بتهيئة بيتان
المولود ثم اصابها طلق وجلست الداية تحتها ولم تزل تعصر العصرة بعد العصرة وفي كل عصرة تخدماء
حتى قامت فازعة من غير ولد واما توريثه والوصية به وله فلا يثبت له الا بعد الانفصال فيثبتان
للولد الحمل واما العتق فانه يقبل التعليق بالشرط معلق معنى واما رد الجارية المبيعة بالحمل فلان
الحمل ظاهر والرد بالعيب لا يمتنع بالشبهة وفي الهداية لا يقطع بنسب الحمل قبل وضعه بالاجماع
بين الاصحاب اما عند ابي حنيفة فظاهر واما عندهما فلان الاحكام تثبت للولد لا للحمل وانما يثبت له اسم الولد
بالانفصال وهذا يتعلق بالعتق والميراث والوصية بعد الانفصال بخلاف الرد بالعيب لان الحمل ظاهر واحتمال
الريح شبهة والرد بالعيب لا يمتنع بالشبهة ويمتنع اللعان بها لانه من قبيل الحدود والنسب يثبت
بالشبهة فلا تقاس على العيب قوله واذا نفى الرجل الحامل من هذه المسئلة بيان شرط اعتباد
صحة نفي الولد وله شرطان متفق ومختلف فالمتفق لا يقبل التهنئة اذا لم يسكت عندهما وهذا من
المواضع التي اعتبر فيها السكوت رضى وقد اوردناها منظومة في كتاب النكاح لانه في رواية عن محمد في ولد
الامة اذا هنئ به فسكت لا يكون سكوته قبولا خلافا لابي حنيفة لان ولد الامة عيرثابت النسب
الا بالدعوة فالحاجة الى الدعوة والسكوت ليس بدعوة ونسب ولد المنكوحة ثابت منه فسكوته
يسقط حقه في النفي والمختلف فيه ان يمتنع اعني النفي في زمان التهنئة عادة وابتداء المدة عندهما
عند ابي حنيفة ولو وقع بعده ان كان لم يقبل تهنئة لا ينتفي الا اذا كان غائبا على ما سيذكر ثم المعين
لما مقدار في ظاهر الرواية وذكر ابو الليث عن ابي حنيفة تقديرها بثلاثة ايام وروى الحسن عنه
سبعة لانها ايام التهنئة وضعفه السرخسي بان نصب المقادير بالراي متعذر وعندهما هي مقدرة
بمدة النفاس لانها اثر الولادة وكان العباس ان لا يجوز النفي الا عقيب الولادة كقول الشافعي الا ان استحسنا
جوازه الى خمس مدة يمتنع فيها التامل لان النفي يحتاج اليه كيلا يقع في نسبي ولده او استلحاق غير الولد ولا هما

حرام قال رسول الله صلى الله عليه وسلم حين نزلت اية اللعان الملاعنة ايما امراة ادخلت على قوم من ليس
منهم فليست من الله في شئ ولن يدخلها الله جنته وايما رجل جحد ولده وهو ينظر اليه احتجب الله منه
يوم القيامة وفضحه على رؤس الاولين والاخرين رواه ابو داود والنسائي وفي الصحيحين عنه صلى الله
عليه وسلم من ادعا ابا في الاسلام غير ابيه وهو يعلم انه غير ابيه فالجنة عليه حرام والانتفاء عن الولد
اذا طالت الحبل التي فجعل التعصيب من النفاس لانها اثر الولادة وكذا احكام الولادة ثابتة فيها من عدم
حل الصلاة والصوم والقربان فكانها فوز الولادة وقال لا معنى للتعيين مدة اصلا لانها للتامل والناس
مختلفون فيه والاحوال ايضا تختلف في افادته فاعتبرنا ما يدل عليه وهو قبول التهنية وهو ذكر
ما يدل على القبول مثل احسن الله بارك الله جزاك رزقك مثله او امن على دعا المهنئ او سكوته عند تهنئة
او اتباعه متاع الولادة او مضي ذلك الوقت وقد يقال ان اعتبار مضي ذلك الوقت وما قبله لجواز التي
لم تخرج عن التعيين فيما فيه قوله لا معنى للتعيين اصلا قوله وان كان غايبا ما تقدم كان اذا كان حاضرا فلو كان
غايبا لم يعلم بالولادة تعتبر المدة التي ذكرناها على الاصلين عند قدومه عندها قدر مدة النفاس وعند
قدر مدة التهنئة وعن ابي يوسف ان قدم قبل ان تمضي مدة الفصال فله ان ينفيه لي اربعين يوما وان قدم
بعدها فليس له ان ينفيه اصلا لانه لو جاز ذلك لجاز بعد ما صار شيخا وهو قبيح فلو بلغه الخبر في مدة
النفاس فله نفيه لي تمام اربعين يوما عند ابي حنيفة ومحمد وذكر في غير رواية الاصول عن ابي يوسف
اذا بلغه الخبر فقام لحوائجه ليس له نفيه ولا عن وقال محمد لو نفاه بعد الحولين لي اربعين يوما من حين بلغه
لا عن بينهما وينقطع نسبه قوله لانهما توءمان هما اللذان بين ولادتهما اقل من ستة اشهر
وحد الزوج لانه اكذب نفسه بدعوى الثاني وعلى هذا ان اولاد ثلاثة اقربهما الاول والثالث والتي
الثاني قوله والاقرار بالعفة وهو ما تضمنه الاعتراف بالاول سابق على القذف بنفي الثاني فيما عتبار
بقايه شرعا يلون مكذبا نفسه بعد نفي الثاني وذلك يوجب الحد لانا نقول الحقيقة انقطاعه
وثبوته امر حكمي والحد لاحتياط في اثباته فكان اعتبار الحقيقة هنا متعينا لا الحكمي هذا ومن الشارحين
من جعل قوله في الكتاب والاقرار بالعفة سابق لي اخره هو هذا الجواب عن السوال المذكور
حقد راوهو غير مفهوم من اللفظ فروع لو نفاهما فمات احدهما او قتل قبل اللعان لزمه
لانه لا يمكن نفي الميت لانتفاءه بالموت واستغنايه عنه لا ينتفي الحي لانه لا يفارقه ولا عن بينهما
عند محمد لوجود القذف واللعان ينفك عن نفي الولد لانه مشروع لقطع الفراش ويثبت النفي بتعاله
ان امكن ولا لا عن عند ابي يوسف لان القذف اوجب لعانا يقطع النسب على خلاف ما وجب ولد
ولدت فنفاه ولا عن ثم ولدت اخر بيوم لزم الولدان لان القاطع وهو اللعان لم يوجد في
حق الثاني ولا جوز نفيه الان لانها غير منكوحة فيثبت نسبه ومن ضرورته ثبوت نسب الاول
واللعان ماض لانه يقبل الفصل عن انتفايه ولو قال بعد ذلك هما ولدا ي لا حد عليه لانه صادق
لثبوت نسبهما ولا يكون رجوعا لعدم اكذاب نفسه بخلاف ما اذا قال كذبت علي لانه للتصدع
بالرجوع ولو قال ليسا ابني كانا ابنيه لا يحتمل النافي نفي احدهما وذلك نفي للتوءمين فليسا ولديه
من وجه فلم يكن قاذفا لهما مطلقا بل من وجه وفي النوادر ذكر الحسن عن ابي حنيفة ان امراة جاءت
بثلاثة اولاد فنفى الاول والثالث ونفى الثاني بلا عن وهم بنوه ولو نفى الاول والثالث واقر
بالثاني يجد وهم بنوه ولذا لي ولد واحد اذا اقر به بلا عن ويلزمه لان الاقرار
بثبوت نسب بعض الحمل اقرار بالكل ممن قال بن او وجله سني واعلم ان ولد الملاعنة اذا قطع نسبه
من الاب والحق باللام لا يعمل القطع في جميع الاحكام بل في بعضها فيبقى النسب بينهما في حق الشهادة
والقصاص والنكاح وعدم الحوق بالغير حتى لا يجوز شهادة احدهما للاخر ولا صرف زكاة ماله اليه ويجب

القصاص على الاب بقتله وان كان لابن الملاعنة ابن وللزوج بنت من امراة اخرى لا يجوز للابن ان يتزوج
بتلك البنت ولو ادعى انسان هذا الولد لا يصح وان صدقها الولد في ذلك ولا يبقى في حق النفقة
والارث كذا في الذخيرة وهو مستدل في ثبوت النسب اذا كان المدعي ممن يولد لمثله لمثله وادعاه
بعد موت الملاعن لانه مما يحتاط في اثباته وهو مقطوع النسب من غيره ووقع الايأس من ثبوته
من الملاعن وثبوت النسب من امه لا ينافيه والله اعلم

باب العنين وغيره

لما ذكر احكام الاصحاء المتعلقة بالنكاح والطلاق اعقبها بذكر احكام تتعلق بهما ممن به مرض له نسبة به
والعنين من لا يقدر على اتيان النساء من عن اذا حبس في العنة وهي حظيرة الابل او من عن
اذا عرض لان ذكره يعن يمينا وشمالا ولا ينفذ لاسترخايه وضع العنين عين ويقال عنين بين
العنن لا يقال بين العنة ولو كان يصل لي الثيب لا البكر لضعف الالة او لي بعض النساء
دون بعض او لسحر او كبر سن فهو عنين بالنسبة لي من لا يحل لها لفوات المقصود في حقها
وما من احد والي يوتى بطست فيه ما يزد فيجلس فيه العنين فان نقص ذكره وانزوى
علم انه لا عنه به والا علم انه عنين لو اعتبر علم فلا يوجل سنة لان التاجيل ليس الا ليعرف
انه عنين على ما قالوا او لا فايدة فيه ان احل مع ذلك لكن التاجيل لا بد منه لانه حكمه وفي المحيط
الله قصيرة لا يمكن ادخالها داخل الفرج لا حق لها في المطالبة بالتفريق انتهى ولو كان
صغيرة جدا كالرز فحكمه كالمجبوب قوله اجله الحاكم سنة اي من وقت الخصومة
ولا يعتبر تاجيل غير الحاكم كما ينا من كان ولو عزل بعد ما اجله بنى المتوى على التاجيل الاول
قوله هكذا روي عن عمر وبن مسعود اما الرواية عن عمر فلها طرق فمنها طريق عبد الرزاق
حدثنا معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال قضى عمر ابن الخطاب رضي الله عنه في العنين
ان يوجل سنة قال معمر وبلغني ان التاجيل من يوم يخاصم وهكذا اخرجه ابن ابي شيبة حدثنا
هشيم عن محمد ابن سلمة عن الشعبي ان عمر ابن الخطاب رضي الله عنه كتب الى شريح ان يوجل العنين
سنة من يوم يرفع اليه الحديث ورواه ابن ابي شيبة بمعناه زاد في لفظ ويحال ان اتاها والا فرق بينهما ولها الصداق كاملا وروى محمد ابن الحسن عن ابي
حنيفة قال حدثنا اسماعيل ابن مسلم المكي عن الحسن عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ان امراة اتته
فاخبرته ان زوجها لا يصل اليها فاجله حولا فلما انقضى حول ولم يصل اليها خيرها فاختارت نفسها
ففرق بينهما عمر وجعلها تطليقة بائنة واما حديث علي رضي الله عنه فرواه ابن ابي شيبة وعبد
الرزاق بسندهما وحديث ابن مسعود رواه ابن ابي شيبة بسنده عنه يوجل العنين سنة
فان جامع والا فرق بينهما ورواه ايضا عبد الرزاق والدارقطني وروى ابن ابي شيبة عن المغيرة
بن شعبة انه اجل العنين سنة واخرج ابن ابي شيبة عن الحسن والشعبي والنخعي وعطا وسعيد
ابن المسيب رضي الله عنهم انهم قالوا يوجل العنين سنة قوله والابد من مدة معرفة لذلك
اي معرفة لكون الاستمتاع لعلة معترضة وافة اصلية في اصل الخلقة فقدرناها بالسنة
لانها معرفة لذلك فانه ان كان من علة معترضة لا تخلوا من كونها عن غلبة حرارة او برودة
او رطوبة او يبوسة والسنة تشتمل على الفصول الاربعة وكل فصل باحد هذه الكيفيات
فالصيف حار يابس والخريف بارد يابس وهو ارد في الفصول والشتا بارد رطب والربيع
حار رطب فان كان مرضه عن احدهن ثم علاجه في الفصل المضاد له فيه او من كيفيتين
فيتم في مجموع فصلين مضادين فكانت السنة تمام ما يتعرف به الحال قوله فاذا مضت
السنة ولم يصل اليها عرف ان ذلك لافة اصلية وفيه نظر فان الظاهر ان موجب التعريف
كون من علة اصلية والسنة ضربت لتعريفه وهو ممنوع اذ لا يلزم من عدم الوصول اليها سنة

كون ذلك لآفة اصلية في الخلقة اذ المرض قد يمتد سنة وايضا مما له حكم العنين المسحور وتقضي السحر ما قد يمتد السنين وبعض السنة يفرق بينهما اذا طلبت مع العلم بعدم الآفة الاصلية لعرض العلم بانه بعمل الى غير كامن النساء فالحق ان التفريق منوط اما بغلبة ظن عدم زواله لرمانته او للاصلية ومضي السنة مع عدم الوصول موجب لذلك او هو عدم اتيانها حقا فقط باي طريق كان والسنة جعلت غاية في الصبر وابلاء العذر شرعا حتى لو غلب على الظن بعد انقضائها قرب زواله وقال بعد العنه اطلبني يوما اجيبه الى ذلك الا برضاها فلو رضيت ثم رجعت كان لها ذلك ويبطل الاجل لان السنة غاية في ابلاء العذر كما ـــ ليبدو باطنه حين حضرة الوفاة تمنى ابتداي ان يعيش ابوها ، وهل انا الا من ربيعة او مضر ، فقوما وقولا بالذي قد علمتما ، واخشى رجيعا او اخلق الثوب ، الى الحول ثم اسم السلام عليكما ، ومن يبك حولا كاملا فقد اعتذر ،

قوله ولا بد من طلبها هذا اذا كانت حرة غير رتقاء فان كانت رتقاء فلا حق لها في التفرقة وان كانت امة فالطلب عند ابي يوسف لها وعند ابي حنيفة لسيدها وهو فرع مسئلة الاذن في العزل وقيل محمد مع ابي يوسف وقد مرت ولا يستحق حقها في طلب التفرقة بتاخير المرافعة قبل الاجل ولا بعد انقضاء السنة بعد التاجيل مهما اخرت لان ذلك قد يكون للتجربة وترجي الوصول لا للرضى بالمقام على ذلك ابدا فلا يبطل حقها بالشك ولو وجدت كبيرة زوجها الصغير عنين ينتظر بلوغه لان للصبي اثرا في عدم الشهوة قال قاضي خان الغلام الذي بلغ اربعة عشر سنة اذا لم يصل الى امراته ويصل الى غيرها يؤجل ولو وجدت زوجها المجنون عنينا يخاصم وليه ويؤجل لسنة لان المجنون لا يعدم الشهوة بخلاف ما لو وجدته مجبوبا وطلبت التفرقة فانه لا غاية في انتظار بلوغه فيجعل وليه خصما والاصح الفاضي عنه خصما وفرق للحال ولو جاء الولي في المسئلتين ببينة على رضاها بعنته وجب ادعى عليها حاله عند العقد لزم النكاح والا يفرق بينهما ولو طلب يمينها على ذلك فحلفت فان نكلت لم يفرق والا فرق ولو وكلت الكبيرة بالتفريق وغابت هل يفرق بطلب الوكيل لم يذكر محمد واختلفوا فيه ولو اختلفا في الجب فادعته وانكر ير به رجلا فان امكن حمله به بالجس من وراء ثوب لا يكشف عورته وان لم يتيقن بذلك الا بكشفها كشفها للضرورة ولو جاءت امراة المجبوب بولد بعد التفرقة لستين ثبت نسبه منه ولا يبطل التفريق خلافا له في العنين حيث ثبت نسبه ويبطل التفريق ذكره في النهاية قال في شرح الكنز وفيه نظر لانه وقع الطلاق بتفريقه وهو بائن فكيف يبطل بعد وقوعه الا يرى انها لو اقرت بعد التفريق انه كان قد وصل اليها لا يبطل التفريق انتهى لكن وجه التفريق بعد هذا البحث وهو ان التفريق بناء على ثبوت العنة والجب وثبوت النسب من المجبوب هو مجبوب خلاف ثبوته من العنين فان يثبوته النسب منه يثبت انه ليس بعنين فيظهر بطلان معنى التفرقة بخلاف اقرارها بعد المدة بالوطي لاحتمال الكذب بل هو به مناقضة فلا يبطل القضاء بالتفرقة ولو كانت زوجة العنين او المجبوب صغيرة لا يفرق بينهما بل ينتظر بلوغها لاحتمال ان يفرض اذا بلغت واذا رضيت قبل التاجيل او بعده قبل انقضاء السنة او بعدها اسقط حقها وليس لها المطالبة بالتفرقة بعد ذلك ولو كان الزوج مجامع وما منزل لخوف ما به لم يكن لها طلب التفرقة

قوله وذلك التفرقة تطليقة بائنة وهو قول مالك والثوري وغيرهم وقال الشافعي واحمد رحمهما فسخ لانها من جهتها وقاس الماوردي على التفرقة بالجب قلنا بل من جهته فانه وجب عليه التسريح بالاحسان حين عجز عن الامساك بالمعروف فاذا امتنع كان طالما قناب القاضي عنه فيه فيضاف فعله اليه والقياس على الجب ممنوع لان الفرقة لسببه ايضا عندنا

طلاق وقوله لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا اي النكاح الصحيح التام الناجز اللازم لانه النكاح المطلق فخرج الفاسد والموقوف والفسخ بعدم الكفاءة وخيار العتق والبلوغ فسخ قبل التمام فكان في معنى الامتناع من الاتمام بخلاف ما نحن فيه فرقه بعد التمام فلا يقبلها كالا يقبل الفسخ بالاقالة وقد ذكرنا في رواية ابي حنيفة عن عمر رضي الله عنه انه جعلها تطليقة بائنة ولها كامل المهر للخلوة الصحيحة لان الخلوة الصحيحة اذا وقوف على حقيقة العنة يجوز ان يمتنع من الوطي اختيارا تعنتا فيدار الحكم على سلامة الآلة ولا يحل تزوجها ولو تزوجها بعد ذلك لا خيار لها لانها رضيت حيث نكحته بعد العلم بالكمال ولو تزوجت به اجنبي عالمة بحاله في الاصل كذلك يكون رضى وعليه الفتوى فيل لا يكون لجواز انها ظنت بروه ووضع بانه احتمال بعيد بعد ان لم يبرا في اكثر من سنة فالظاهر لزومه وزمانه فتلوث بالتزوج به راضية بالعيب **قوله** هذا اي هذا الذي ذكرنا من انها اذا طالبته بالتفرقة احلته الحاكم سنة ثم بعده فرق بينهما اذا اعترف الزوج بعدم الوصول اليها في هذا النكاح وان تصادقا انه وصل اليها في نكاح قبله يطلق لانه اذا وطيء في نكاح ثم ابانها ثم تزوجها ولم يصل اليها لها المطالبة بالتفرقة اخذا والدعى الوصول وقال لا في لعقد قوله والوجه ظاهر في الكتاب **قوله** وان نكل احلة سنة ستراخيل النكول اقرارا او بدلا فكانه اقر بعدم الوصول **قوله** وان كانت بكرا اعني اذا نكل وكانت بكرا وقت النكاح لا يستحلف لما يتزى النساء فان قلن هي بكر احلة سنة من غير احتياج الى الاستحلاف والنكول ليس كذلك وقوله فان قلن خرج على ما هو الاولى من اراءة الحاكم والثنتان احوط وطريق مراءتين ان جعلها جماعا والا فالواحدة العدالة تكفي بعض على العدالة في كالحاكم والثنتان احوط وطريق معرفة انها بكر ان يدفع في فرجها الصغير بيضة للدجاج فان دخلت من غير عنف فهي ثيب والا فبكر وتكسر وتسكب في فرجها فان دخلت فثيب والا فبكر وقيل ان امكنها ان تبول على الجدار فبكر والا فثيب وان قلن ثيب ثبتت الثيوبة ولا يثبت وصوله اليها الا ان البكارة قد تزول بغير كوثبة ونحوها غير ان القول قولها لو قالت زالت البكارة باصبع ونحوه فيحلف انه وصل اليها فان حلف تقرر النكاح وان نكل احلة سنة ثم فرق ان لم يصل اليها ثم اذا اجل ومضت السنة فاختلفا في الوصول في السنة فعلى ما اذا اختلفا قبل التاجيل ان كانت بكرا نظرن اليها فان قلن بكر اخيرت للحال بين الاقامة والتفرقة وان قلن ثيب حلف فان نكل خيرت وان حلف استقر النكاح وان كانت ثيبا في الاصل فاختلفا قبل التاجيل او بعده فالقول له فان حلف استقر النكاح ولو نكل اجل وخيرت بعده وفي موضع تخيير المجلس كتخيير الزوج فان قامت من مجلسها قبل ان تختار نفسها او قامتا او اشتغلتا باكل او بشرب او بصلاة او بنوم او بمشي او بانتقال من مكان الى مكان او بغير ذلك مما يدل على الاعراض او على ترك التخيير بطل خيارها ولو مكرهة لزم النكاح لانه كان بحكم اختيارها نفسها قبل ان تختار وان اختارت نفسها وادعى الزوج انها اختارت قبل ان تقوم او قبل ان تتكلم او قبل ان تاكل او قبل ان تشرب او قبل ان تمشي او قبل ان تنتقل او قبل ان تفعل شيئا مما ذكرنا فالقول قولها مع يمينها لان الزوج يدعي عليها الرجوع عن الخيار وهي تنكر فكان القول قولها مع يمينها وان اختارت نفسها ثلاثا وقعت ثلاث تطليقات لان الثلاث كانت في ملكها وان اختارت نفسها واحدة وقعت واحدة رجعية لان الواحدة تملك الرجعة وان اختارت نفسها واحدة ثم اختارت نفسها اخرى وقعت اخرى لان الواحدة لا

الا للتوصل الى اصلاح الطبع ورفع المانع فيجوز ان يوافق طبعه مدة زيادة الشمسية على القمرية فوجب
امتبارها وحينئذ الاول ان الثابت عن الصحابة كعمر رضي الله عنه ومن ذكرنا معه اسم السنة قولا واهل
الشرع انما يتعارفون الاشهر والسنين بالاهلة فاذا اطلقوا السنة انصرف اليها ذلك مالم يصرحوا
بخلافه ثم زيادة الشمسية قيل احد عشر يوما وعن الحلواني الشمسية ثلاثمائة وخمسة وستون يوما
وجزء من مائة وعشرين جزءا من اليوم والقمرية ثلاثمائة واربعة وخمسون كذا رايت في نسخة ورايت
في اخرى عنه في الشمسية زيادة ربع يوم مع ما ذكرنا وقيل القمرية ثلثمائة واربعة وخمسون يوما وخمس
يوم وسدسه والشمسية ثلثمائة وخمسة وستون وربع يوم الا جزءا من ثلثمائة جزء من يوم وفضل
ما بينهما عشرة ايام وثلث وربع عشر يوم بالتقريب والذي يظهر ان هذا كله محدث وعمر رضي الحطاب
رضي الله عنه حين كتب الى الشرع ان يوجل العنين سنة من يوم ترفع اليه وكذا قول الراوي عن عمر
في المراة التي اتت اليه فاجله حولا من غير تقييد في السنة والحول لم يرد الا ما بالاهلة هذا الذي
تعرفه العرب واهل الشرع على ان الحول لم يعرف تعريف احتمل اسم السنة هو الذي تواردت عليه
العرفان والله سبحانه **قوله** وتعتبر بايام الحيض اي تحتسب من السنة لوجودها في السنة
بنينا وعاده **قوله** وتحتسب بمرضه ومرضها هكذا مطلقا وعن ابي يوسف اذا مرض احدهما
مرضا لا يستطيع معه الجماع فان كان اقل من نصف شهر احتسب عليه وان كان اكثر لم يحتسب
وعوض عنه ان شهر رمضان محسوب عليه وهو فاد فيه بالليل لا النهار وذلك نصفه فكذا النصف
من كل شهر وهذا اصح الروايات عن ابي يوسف وفي رواية ان ما فوق الشهر كذلك الحتسب به وفي
رواية ان مدة الكثرة سنة وفي رواية اكثر السنة وعن محمد لو مرض في السنة يوجل مقدار مرضه
قبل عليه الفسوي فان مج اوغاب هو احتسب عليه لان العجز جا بفعله ويمكنه ان يخرجها معه او يرضى
الحج والغيبة ولو كان محرما وقت الخصومة قال محمد يوجل بعد احرامه فلا يلزمون عن راحلاق ما اذا
حجب هي اوغابت لا تحتسب عليه لان العجز من قبلها فكان عذرا فيعوض فان حبس الزوج ولم يمهرها
وامتنعت من المجيء الى السجن لم تحتسب عليه وان لم تمتنع وكان له موضع خلوة فيه احتسب عليه
وان لم يكن له موضع خلوة يمكنه جماعها فيه لم تحتسب ولو رافعته وهو مظاهر منها تعتبر المدة من حين
المرافعة ان كان قادرا على الاعتاق وان كان عاجزا امهله شهري الكفارة ثم اجله فتتم ناجله
سنة وشهرين ولو ظاهر بعد التاجيل لم يلتفت الى ذلك ولم يزد على المدة **قوله** واذا كان بالزوج
عيب الى اخره انه ليس لواحد من الزوجين خيار فسخ النكاح بعيب في الآخر كما سيأتي كان عند ابي حنيفة
وابي يوسف وهو قول عطاء والنخعي وعمر ابن عبد العزيز وابي سلمة وابن شبرمة وابي ثور
والثوري والحكم وداود الظاهري واتباعه وفي المبسوط انه مذهب علي وابن مسعود رضي الله
عنه وعند محمد الخيار للزوج بعيب في المراة وللمراة الخيار فيه بعيب من الثلاثة الجنون والجذام
والبرص وقال الشافعي رحمه الله لكل منهما خيار الفسخ بهذه الثلاثة وللزوج الخيار اذا كانت رتقاء
او قرناء ايضا فله الخيار في خمسة عيوب ولها فيه في ثلاثة وهو قول مالك واحمد وقال الزهري
وشريح وابو ثور يرد بجميع العيوب وكذا من الجنون العارض والجذام والبرص والجنون شهور
والعقل من الاول والاعرج البين للمفعول فيقال جذام وجزاذا اصيب بالجذام والجنون فهو مجذوم
ومجنون ولا يقال اجذم ولا اجن ولا يجن وثلاثة من اسماء المفعولين من افعال جاءت على مفعول دون
مفعل على غير قياس مجنون ومحزون من احزنه الله ومحبوب من احبه الله وجاء على القياس في
الثالث وفي قوله عنته ولعد نزلت فلا تظني غيري مني منزلة المحب المكرم والعقل من البرص
برص يبهو برص وابرصه الله والرتق الالتحام والرتق المتلحمة والقرن في الفرج اما علة فليظة
او عظم يمنع سلوك الذكر للشافعي رحمه الله ومن معه النص في بعضها وقياس في بعضها وثلاثة اقياس

في بعضها اما النص فما روي انه صلى الله عليه وسلم رد بالعيب قال الليثي واي بكشر او ضحا او بياض الحقي
بالهلاك فضار البرص منصوصا عليه فيلحق به الجذام والجنون بجامع انه ينفر منه الطبع وهذا الوصف
وهو كونه منافرا للطبع دل الشرع على اعتباره في جنس العلل وهو المعانقة والفرار فانه جنس الفسخ قال
صلى الله عليه وسلم فر من المجذوم فرارك من الاسد وجعل الجذام منصوصا عليه في هذا الحديث لان الفرار يثبت
بفسخ نكاحه والحديث رواه البخاري تعليقا عن ابي هريرة قال صلى الله عليه وسلم لا عدوى ولا طيرة ولا هامة
ولا صفر وفر من المجذوم فرارك من الاسد وقياس النكاح على البيع في انه يفسخ بهذه العيوب فكذا
عيوبه يفسخ به البيع فيفسخ بها النكاح وقياس على المجبوب بجامع المانع للحسي فيما به فوات مقصود
النكاح في حق كل منهما قلنا اما الحديث الاول فلم يصح لانه من رواية جميل بن يزيد وهو مجهول عن زيد
بن كعب بن عجرة وهو مجهول لا يعلم لكعب بن عجرة ولد اسمه زيد ولو سلم جاز ان يكون طلاقا فان لفظ
الحق بالهلاك من كنايات الطلاق واما الثاني فظاهر غير مراد للاتفاق على اباحة الترب منه وبياض
بخدمته ومنزيضه وعلى القياس بصحاحة واما القياس فيخلف فيه جزء المقتضى او شرطه فان المقتضي
للفسخ العيب مع وقوعه في عقد مبادلة تحري فيه المشاحة والمضايقة لسبب كون المراد منه
من الجانبين المال وهذا شرط عمله والنكاح ليس كذلك فان المال فيه تابع غير مقصود وانما شرع اظهارا لان
خطر المحل ولهذا اختلفت لوازمه حتى اجزناه على عبد وفرس غير موصوفين وصح مع عدم رؤية المراة
اصلا بخلاف البيع عنده ثم اذا راى عندنا المبيع يثبت له خيار الرد للعيب وفي النكاح لو شرط وصف
مرغوبا فيه كالعذرة والجمال والرشاقة وصغر السن فظهرت ثيبا عجوزا شوهاء ذات شق
مائل ولعاب سائل وانف هائل وعقل زائل لا خيار له في فسخ النكاح به وفي البيع يفسخ بدون ذلك
ولو هزل بالبيع ثم يفسد ويعقد النكاح بالهزل به فكذلك بالعلة مقتضيه وعن القياس الثالث
بمنع وجود العلة في الفرع وهو امتناع حصول المقصود وهو ازالة سلطان الشهوة كذلك ويتوصل بالشق والقطع
والكسر غاية ما فيه نقص طبيعية وذلك لم يوجب الفسخ اتفاقا للاتفاق على عدمه في ذات الفرج
الفاحشة والبخر الزايد وحينئذ قول محمد ان وجود ذلك فيه يبطل على المقصود للوجه الاخير
بخلافه هو اذا وجدا كذلك لانه مستمكن من ازالة الضرر عن نفسه بالطلاق ووجه دفعه ودفع
قول الزهري ومن معه انتظمه دفع اقيسة الشافعي ومن معه **قوله** ولنا ان فوت الاستمتاع
اصلا بالموت قبل الدخول لا يوجب الفسخ فاخلا له بهذه العيوب اولى ان لا يوجب الفسخ ونظريته
بان النكاح موقت بحياتها **قوله** وهذا اي كون هذه العيوب لا توجب الفسخ لان الاستيفاء
من الثمرات ملا تراعى من كل وجه بل على الكمال والمستحق التمكن اي التمكن من الوطي وهو غير منتفع
لما قلنا **قوله** لانها مخلان بالمقصود فان قيل جعل في المسئلة قبلها استيفاء الوطي من الثمرات
فلا يجب الخيار بفواته وهنا جعل المقصود المشروع له النكاح حتى تخير في الفسخ بالجب وهذا
تدافع اجيب بان الوطي له جهتان جهة كونه مقصودا باعتبار المقصود الذي شرع له النكاح
وهو التوالد فانه لا يحصل الا به وجهة كونه عرضة حيث يحج الرضيعة والايسة فلو كان مقصودا
لم يجز نكاح هؤلاء كالمجبوب استحسانا للحش للحمل والركوب فاعتبرنا جهة التوالد فيما اذا كانت
هذه العيوب ولم يثبت له الخيار الفسخ جريا على الاصل من ان ازالة قيد النكاح بالطلاق والفسخ
لتمكنه من ازالته به ومن الاستمتاع بغيرها وهو المقصود به فيما اذا كانت به لانا لا نتمكن من
الطلاق ولا الاستمتاع بغيرها وعلى ما قررناه لا حاجة لما ذلك بل هو مطرد لا يختلف والله تعالى اعلم

باب العدة

لما ترتبت العدة في الوجود على فرقة النكاح شرعا اورد هنا
عقيب وجود الفرقة من الطلاق والايلا والخلع واللعان واحكام العنين وهي في اللغة الاحصاء عد
الشيء عد احصيته احصا ويقال ايضا على المعدود وفي الشرع تربص يلزم المراة عند زوال النكاح

المناكحة بالدخول او ما يقوم مقامه من الخلوة والموت وينبغي ان يزاد وشبهته بالجر عطفا على النكاح
والتربص الانتظار واضافة المدة بالتزوج لحقيقته تركن لزم شرعا للمتزوج والزمه في مدة
معينة شرعا لاشك ان سبب النكاح او شبهته وزوال ذلك شرط فلا اضافة فيه قولنا عن الطلاق
احتراز عما ينبغي بذلك ان العدتين اذا وجبتا من رجلين تداخلان وتنقضيان عدة واحدة عندنا وعنده
رحمه الله هذا ينبغي ان يقال في التعريف هي لزوم التربص ليصح كون ذكرنا حرمات لانها لزومات
والا فالتربص فعلها والحرمات احكام الله تعالى فلا يكون نفسه فعلي هذا فيل في حكمها انه حرمة
نكاحها غيره عليها وحرمة نكاح اختها واربع سواها عليه لا يصح لان الحرمات التي تثبت عند
الفرقة ذكرنا بالعرض وحرمة تزوجها بغيره من تلك الحرمات لكن حرمة تزوجه باختها لا يكون
من العدة فهو حكم عدتها فاشك انه معنى كونه هو ايضا في العدة لان معنى العدة وجوب الانتظار
بالتزوج وهو مضي المدة وهو كذلك فهو في العدة عينها اسم العدة اصطلاحا حتى يترتب الانتهاء
ثم لزم مما ذكرنا ان لا يقال في حق الصغيرة وجب عليها العدة وسنوضحه **قوله** اذا طلق الرجل امرأته
طلاقا بائنا او رجعيا وليس رجعيا في بعض النسخ ويشمل طلاق الخلع والنكاح خلافا لمن قال عدة
المختلعة حيضة واحدة قيل هو بناء على انها فسخ والحق انه ابتدائي كما تقدم في باب الخلع من الشمول
اذ لا يعقل كون الفسخ موثرا في نقصان العدة ولذا وجبت ثلاثة اقراء في الفسخ بخيار البلوغ وغيره
وطلاقا لابن عباس في قوله عدة الملاعنة تسعة اشهر **وقوله** وهي حرة ممن تحيض يعني ممن تحقق حيضها
ولم تبلغ الاياس سواء كانت تحيض او لا حتى لو بلغت فرات الدم ثلاثة ايام ثم انقطع سنة او اكثر لم تنقض
عدتها حتى تحيض ثلاث حيض او تدخل الاياس فتعتد بالاشهر بخلاف ما لو لم ترشيا او رات اقل من ثلاثة
ايام فانها تعتد بالاشهر **قوله** او وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق مثل الانفساخ بخيار البلوغ والعتق
وعدم الكفاءة وملك احد الزوجين الاخر والردة في بعض الصور والافتراق عن النكاح الفاسد
والوطي بشبهة وقوله فعدتها ثلاثة اقراء مقتضى ما ذكر من ذكر العدة كون عدتها مدة في ثلاثة
اقراء لان المحرمات تتعلق بمدة الاقراء فكان الاصل ان ينتصب لانه ظرف زمان معرب واقع
خبرا عن اسم معنى نحو السفر عندنا لكنه اعتبر فيه الاطلاق المجازي اعني اطلاق العدة على نفس المدة
ثم لا يخفى ان سبب العدة ما حرم فيه ثاكد بالدخول او ما يقوم مقامه كما ذكرنا واما تركه المصنف
للشهرة ان الطلاق قبل الدخول لا يجب فيه العدة قال الله تعالى اذا نكحتم المومنات ثم طلقتموهن
من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها **قوله** والفرقة اذا كانت الى اخر لما جمع بين
الطلاق والفرقة لاطلاق في حكم العدة والدليل السمعي لا يتناول الا الطلاق الحقه بالجامع
وهو ان وجوبها في محل النص وهو الطلاق لتعرف براءة الرحم وجعله ثابتا بدلالة الرحم النص حيث
قال في معنى الطلاق يعني مبادر لكل من علم بوجوب تركها النكاح الى ان يحض عند الطلاق بعد الدخول
انه لذلك ثم كونها تجب للتعريف لا ينفي ان يجب لغيره ايضا وقد افاد المصنف فيما سياتي انها
ايضا تجب لقضاء حق النكاح باظهار الاسف عليه وقد يجتمعان كما في مواضع وجوب الاقراء وقد
ينفرد الثاني كما في صور الاشهر غير المتاكد وهو ما قبل الدخول لابوسف عليه اذ لا الف
ولا مودة فيه **قوله** والاقراء الحيض عندنا وقال الشافعي الاطهار وقول الشافعي قول مالك
وقول عن عايشة وابن عمر وزيد بن ثابت وقولنا هو قول الخلفاء الراشدين والعبادلة وابي بن كعب
ومعاذ ابن جبل وابي الدرداء وعبادة ابن الصامت وزيد ابن ثابت وابي موسى الاشعري وزاد ابو
داود والنسائي معبد الجهني وما ذكرناه انه قول العبادلة بناء على انه ثبت عن ابن عمر فتعارض عنه
النقل وممن رواه عنه الطحاوي وثبته عنه بعض الحفاظ من الحنابلة واسند الطحاوي الى قبيصة

بن ذويب انه سمع زيد ابن ثابت يقول عدة الامة حيضتان فتعارض روايتهم عن زيد ايضا وبه قال
سعيد ابن المسيب وبن جبير وعطا وطاوس وعكرمة ومجاهد وقتادة والحكم والحسن بن حي
والبصري ومقاتل وسفيان الثوري والاوزاعي وابن شبرمة وربيعة والسدف
وابو عبيد واسحاق واليه رجع احمد وقال محمد ابن الحسن في موطاه حدثنا عيسى بن ابي عيسى الخياط
المدني عن الشعبي عن ثلاثة عشر من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كلهم قال الرجل اعتق امرأته حين
تغتسل من الحيضة الثالثة وهذا الاطلاق منهم انما يصح اذا كانت الحيضة بعد الطهر الا اذا طلقها في الحيض
واما الطهر فيحتسب به فيلزم انقضاء العدة بالشروع في الحيضة الثالثة والطلاق في الطهر هو
المعروف عندهم فعليه ينبني قولهم **قوله** اذ هو من الاضداد استدلال على كونه حقيقة فيهما وهذا
على طريقة اهل الاصول والفقه من عدم التجوز باسم الضد في الضد وقد وضع بعض اهل المعقول من
معوقات الاشتراك كون المفهومين متضادين واما على طريقة اهل الادب فيجوز لغرض بليغ او تهكم كما يقال
للجبان اسدا وتفاول للبصير على الاعمى الا انها بمعزل من افادات الاحكام الشرعية فلم يعتبرها واما في
غرض هذا المقام فلا اتفاق على الاشتراك وعلى انه لم يعلم انما الخلاف في تعيين المراد من المفهومين
فلا حاجة الى الاستدلال بعدم الانتظام على الاشتراك كما فعل المصنف وهو محل النزاع ولو استدل
عليه بتضاد المفهومين لما استدل به على كونه حقيقة فيهما كان احسن لانه يقال استدلاله على انه
حقيقة فيهما استدلال على الاشتراك لانا نقول لا يلزم من كونه اللفظ حقيقة في متعدد اشتراكه
لفظا بجواز التواطوء والتشكيك يقال ليس محل النزاع كما ذكرت للتضاد لانا نقول انما وافق
من جعل تحيم المشترك على منع تحيم انه لا يمكن الجمع وليس يلزم من التضاد ذلك بجواز ان يراد كل من
الحيض والطهر فتعتد بعض ثلاثة اطهار وثلاث حيض انما يمتنع اذا اريد تحقيقهما في زمن احدهما **قوله**
والحمل على الحيض اولى ادعى الحنفية في محل الخلاف واقتصر على دليل نفسه كانه لعدم دليل معتمد لهم وذلك
ان قولهم القرء بمعنى الطهر هو الذي يجمع على قروء وانما معنى الحيض فانما يجمع على اقراء دعوى لا دليل
عليها وكذبه وقع في شعر الاعشى كذلك حيث قال ــ ، اني كل عام انت جاشم غزوة ، تشد لاقصاها عزم عزائكا
مورثة مالا وفي الحي رفعة ، لما ضاع فيها من قروء نسائكا ، ان من اظهر من للشغل بالغزو عذرا لا يوجب
العذر عليه وكذا الاستشهاد بقوله صلى الله عليه وسلم دعي الصلاة ايام اقرائك لا يوجبه فقد روي
ابو داود والنسائي قوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت ابي حبيش فانظري فاذا اتاك قروك
فلا تصلي فاذا مر قروك فتطهري وصلي وقال ــ الراجز يا رب ذي ضغن وصب قارض ، له قروء
كقروء الحائض ، يريد كحيض الحايض فان المعنى ان عداوته تجتمع فيهيج كدم الحايض على انه قد قيل
في بيت الاعشى ان المراد نفس الزمان اي زمان الطهر فان العرب يقال للزمان لغة كثيرا واستدلوا
بقوله صلى الله عليه وسلم في حديث بن عمر مره فليراجعها ثم ليتركها حتى تطهر ثم ليطلقها ان شاء تلك
العدة التي امر الله ان يطلق لها النساء بالام قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن لا يصح لانه بنا
على ان اللام فيه بمعنى في وهو غير معهود في الاستعمال ويستلزم تقدم العدة على الطلاق او مقارنته
له اقتضاياه وفوعه في وقت العدة وقراءة لقبل عدتهن في صحيح مسلم تنفيه اذا عادت
ان اللام فيه بمعنى استقبال عدتهن وهذا استعمال محقق من العربية يقال في الناريخ ياجاء
العربية هزج لثلاث بقين ونحن ويوييه ما قال الطحاوي ان النبي صلى الله عليه وسلم خاطب ابن عمر
بذلك ومذهب ابن عمر ان الاقراء الحيض فلم يفهم انها الاطهار وهذا مما نسياه عنه من خلاف ما نقلوه
عنه ذكرناه انفا وعسكم بثبات العدد في قوله تعالى ثلاثة قروء وهو يقتضي تذكير المعدود والطهر
هو المذكور الحيض فلو اريد الحيض لقيل ثلاث قروء ليس بشيء لان الشيء اذا كان له اسمان مذكر
كالبر والحنطة ومؤنث حقيقي يونث عدده اذا اضيف الى اللفظ المذكور ويذكر اذا اضيف الى

المونث وفي العربية اذا كان المعدود مونثا واللفظ مذكرا وبالعكس فوجهان وما نحن فيه كذلك فان الدم
اسمين مذكرا وهو المعروف ومونثا وهو الحيض فحين اضيف لها المذكر انث وكذا على الاصل الاخر فان الدم
مذكر والمرة مذكر فيونث عدده ثم ذكر المصنف في الترجيح ثلاثة اوجه الاول قوله على اللفظ
الجمع اي العدد فانه جمع معنى لا صيغة او يريد الجمع الصيغي المقترن بالعدد تنصيصا على المراد بكميته
امعنى لفظ قروء المقيد بثلاثة فانه منقطع عند احتمال ان يراد به غير الكمية العددية المذكورة
لو كانت من كميات المجموع فكيف بالكمية التي ليست حقيقة الجمع وهي الملازمة من جملة الاطهار
حيث يصير طهرين وبعض الثالث اذا وقع في الطهر والا لزم احد اث قول ثالث اذ كل من قال
انه الطهر قال بحتسب بالطهر الذي وقع فيه وهو نقض على التقدير القطعي الدلالة والثبوت
بخلاف ما اذا حمل على الحيض فانه لو وقع الطلاق في الحيض لا يحتسب تلك الحيضة فتكمل الثلاث
فيتحقق فيه حقيقة العدد وزيادة تثبت ضرورة التكميل وهو جائز اذا لم يكن النزول الى حقيقته
اقامة الواجب الا بها بخلاف طهرين وبعض الثالث فانه لم يتحقق فيه حقيقته اصلا لا بتمال
فداريد بالعدد غير كميته المفادة به في قوله تعالى ان تستغفر لهم سبعين مرة لانا نقول
لم يرد بالعدد عددا ضربيا بين له بل مجرد التكثير وابن هذا من ابن مراد بسبعين مثلا ثمانون
او مائة الثاني قوله ولانه اي الحيض اي المعرف بالذات لبراءة الرحم بخلاف الطهر وانه وان دل
فبواسطة الحيض الذي يستلزمه لانه هو المفيد لعدم انشداد فم الرحم بالحبل اذ لو انشد بعلم بخض
عادة ولذا نص صلى الله عليه وسلم على ان مفيد البراءة الحيض حيث قال في السبايا حتى يستبرئن بحيضة
ولم يقل بطهر الثالث لقوله صلى الله عليه وسلم طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان وتقدم في كتاب
الطلاق تخريجه واسند الشافعي حدثنا سفيان بن عيينة عن محمد بن عبد الرحمن مولى ال طلحة
عن سليمان بن يسار عن عبد الله بن عتبة عن عمر قال نكح العبد امرأتين وطلق تطليقتين وتعتد الامة
حيضتين فان لم تكن تحيض فشهرين او شهرا ونصفا وكذا رواه الدارقطني والاجماع على انها لا تخالف
لكن فيما به الاعتداد بل في الكمية فيلتحق قوله تعالى ثلاثة قروء وللاجمال الكائن بالاشتراك بيانا
له ومن الادلة الظاهرة فيه قوله تعالى واللاي يئسن من المحيض من نسائكم الى قوله فعدتهن ثلاثة اشهر
اذ لا شك في ان الاعتداد بالاقراء اصالة والاشهر خلف عنه اما يصارا اليه عند عدمها فلما علق سبحانه
وتعالى المصير اليه بعدم الحيض دل ان الحيض هو المراد بالاقراء في الاية وكونه بعدم الطهر بعدم
الحيض فالتعليق بعدم الحيض انما هو لعدم الطهر احتمال يقابله الطهر اذ الظاهر تعليق المصير
الى الخلف بعدم عزيمة الشرع الملا لا بعدم شيء اخر ليستلزمه فان الاصل ان يقال واللاي يئسن
من القروء فلما جاء تعالى بلفظ الحيض علمنا انه لفائدة انه هو **فرع** يقتضي
عدم الطلاق الباس والثلاث بالوطي المحرم بان وطيها وهي معتدة عالما بحرمته خلافا لما وادعى
الشبهة او كان سكرانا فانها تستقبل العدة واذا كان سكرانا حتى استنقض العدة ليس لها
ان تطالبه بنفقة هذه العدة ولو طلقها في هذه العدة لا تقع وعليه نكاح اختها **قوله** وان كانت
لم تحض لصغر بان لم تبلغ سن الحيض على الخلاف فيه واقله تسع على المختار او كبر بان بلغت سن
الاياس وانقطع حيضها فعدتها ثلاثة اشهر لقوله تعالى واللاي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم
فعدتهن ثلاثة اشهر ذكر ان بعضهم لما نزلت اية القرء قالوا قد علمنا عدة التي تحيض فالتي
لا تحيض لا ندري ما عدتها فانزل الله تعالى هذه الاية والمعنى ان ارتبتم في العدة التي لم تحض فلم
تعلموا فعدتها ثلاثة اشهر وقيل ان ارتبتم في الدم الذي تراه من بلغت سن الاياس اهو حيض او
فساد فعدتهن ثلاثة اشهر ثم قال المصنف وكذا التي بلغت بالسن ولم تحض باخر الاية يعني قوله
تعالى واللاي لم يحضن يعني التي لم تبلغ بالحيض بل بالسن فان بلغت خمسة عشر سنة على قول وتسعة

عشر سنة على قول ابي حنيفة ومالك ولم تحض اذا طلقت تعتد بالاشهر ايضا ثم ان وقع الطلاق
في اول الشهر اعتدت بالاشهر هلالية اتفاقا وان وقع في اثنا الشهر اعتبر كل شهر بالايام فلا
تنقضي الا بتسعين يوما عند ابي حنيفة وعندهما يكمل الاول ثلاثين من الشهر الاخير والشهران
المتوسطان بالاهلة والله اعلم ثم لا يخفى ما في الكلام المصنف من عدم التحرير فانه جمع سن التي لا تحيض
لصغر او كبر في الاعتداد بثلاثة اشهر واستدل على ذلك بقوله تعالى واللاي يئسن الاية ثم خص
التي بلغت بالسن ولم تحض باخرها حيث قال وكذا التي بلغت بالسن باخر الاية ولا يخفى ان اخرها
امعنى قوله تعالى واللاي لم يحضن هو المفيد للاعتداد بثلاثة اشهر للتي لم تحض لصغر كما انه المفيد
للاعتداد بها في التي بلغت بالسن والحاصل ان من كان طهرها اصليا فعدتها بالاشهر سواء بلغت بالسن
ولم تحض وان استمرت لا تحيض الى ثلاثين سنة فعدتها ثلاثة اشهر او هي مراهقة ولم تبلغ بالسن
حكم بالبلوغ فيه على اختلافهم فيه انه تسع او سبع والاول اصح وعن الشيخ ابي بكر محمد بن الفضل
انها اذا كانت مراهقة لا تنقضي عدتها بالاشهر بل يوقف حالها حتى يظهر هل حبلت من ذلك الوطي
ام لا فان ظهر حبلها اعتدت بالوضع وان لم يظهر فبالاشهر وينبغي على هذا ان يحتسب بالاشهر
التي وقفت ليظهر حبلها اذا لم يظهر فانه ظهر بعدم الحبل ان تلك الاشهر كانت هي العدة وغايته
الامر انها لم تدر وجه عدتها حتى انقضت ولو حاضت التي بلغت بالسن والمراهقة في اثناء
الاشهر الثلاثة استانفت العدة بالحيض هذا ومن ذكر انه تعتد بالاشهر المستحاضة التي تميز
عادتها وهو ما يلغز فيقال لمطلقته شابة تربي ما يصلح حيضا في كل شهر وعدتها بالاشهر لكن في
التحقيق ليس عدتها الا بالحيض لكن اذا نسيت عادتها جاز كونها اول كل شهر او اخره فاذا قدرت ثلاثة
اشهر علم انها حاضت ثلاث حيض يقينا بخلاف التي لم تنس فانها تنزل على ايام عادتها فجاز كون عادتها
اول الشهر فيخرج من العدة في خمسة اوسته من الثالث واعلم ان الملائم في الانقضاء بثلاثة اشهر
في المستحاضة التي نسيت عادتها لا يصح الا فيما اذا طلقها اول الشهر اما لو طلقها بعد ما مضى من شهر
قدر ما يصح حيضة ينبغي ان يعتبر ثلاثة اشهر غير باقي هذا الشهر والوجه ظاهر وجب في التي
بلغت مستحاضة مثل المستحاضة التي نسيت عادتها ثلاثة اشهر ثم اكثر المشايخ لا يطلقون
لولا الوجوب على هذه الصغيرة لانها غير مخاطبة بل يقولون تعتد وفي المبسوط قال بعض علمائنا
لا نخاطب بالاعتداد ولكن الولي يخاطب بان لا يزوجها حتى تنقضي من العدة مع ان العدة مجرد
مضي المدة فشوتها في حقها لا يرد على توجيه خطاب الشرع عليها ولا يخفى ان القائل الاول **قوله**
مبني على انه يراعى الحرمات او التربص الواجب فان قلت وعلى تقدير كونها مضي المدة ليس ان فيها
يجب الا تتزوج فلا بد ان يتعلق خطاب نهي التزوج بالولي لجعلها المدة قال شمس الائمة
لا يستلزم اثبات قول الاول لخاطب الولي بان لا يزوجها فالجواب لا يلزم فانا اذا قلنا بانها
المدة فالثابت فيها عدم صحة عدم صحة التزوج لا خطاب احد بل وضع الشارع عدم الصحة
لوقوع **قوله** وان كانت حاملا يعني المطلقة فعدتها بالوضع بالاية المذكورة وان كانت امة
والطلاق فيتناول الحمل الثابت النسب وغيره فلو طلق كبير زوجته بعد الدخول بها فجاءت
بولد لاقل من ستة اشهر من العقد فعدتها بوضع الحمل عند ابي حنيفة وعند محمد وعند ابي يوسف
بالحيض في رواية عنه وسيجيء في مسئلة الصغير وفي المنتقى اذا خرج نصف البدن من قبل الرجلين
دون الرجلين او من قبل الراس دون الراس انقضت العدة والبدن من المنكبين لا الاليتين
وفي الخلاصة كل من حبلت في عدتها فعدتها ان تضع حملها والمتوفى عنها اذا حبلت بعد موت الزوج
فعدتها بالشهور **قوله** وان كانت اي المطلقة امة فعدتها حيضتان لقوله صلى الله عليه وسلم
طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان ولان الرق منصف وقد تقدم توجيهه في فصل

المحرمات وغيره ولكيضة لا تجزء فكملت وثبوت الزيادة ضرورة التكميل واجب لان فيه تحقيق
الواجب على ما تقدم انفا وقوله اشار اليه عمر اى الى ان تكميل الثانية ضرورة بقوله لو استطعت
الى اخره اخرج عبد الرزاق حدثنا ابن جريج عن عمرو بن دينار انه سمع عمرو بن اوس الثقفي يقول
اخبرني رجل من ثقيف قال سمعت عمر بن الخطاب رضي الله عنه يقول لو استطعت ان اجعلها
حيضة ونصفا فعلت فقال له رجل لو جعلتها شهرا ونصفا فسكت عمر ورواه الشافعي في مسنده
وابن ابي شيبة في مصنفه حدثنا سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار بنحوه في مسنده
ويشبه ان يكون سكوت عمر لعدم الالتفات الى قوله لانه كان يتكلم في ذات الاقراء والعدة
بالاشهر لا يكون الا من ايس منها او مشهورة الرجل في غير محل الحكم المذكور واما اذا كانت ممن تحيض
من صغر او كبر فعدتها شهر ونصف لانه يتجزء فامكن تنصيفه والمدبرة والمكاتبة وام الولد في
الطلاق والفسخ كالامة قوله وعدة الحرة في الوفاة اربعة اشهر وعشر ايام سواء كانت
مدخولا بها او مسلمة او كتابية تحت مسلم صغيرة او كبيرة او ايسة وزوجها عبدا وحرا ثابت في
هذه المدة او لم تحض ولم تطهر حبلها وعن بعض السلف عدتها عدة امة وهو رخصة الاربعة الاشهر
والعشر الايام لقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا وصية الاية والجمهور على النسخ
بالاية الاشهر اعني ما كان من وجوب الايصاء والايقاف الى الحول وقال الاوزاعي اربعة اشهر
وعشر ليال فلو تزوجت في اليوم العاشر جاز اخذا من تذكير العدد اعني العشر في الكتاب
والسنة وهو قول صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الاخر ان تحد على ميت فوق ثلاثة
ايام الا على زوج اربعة اشهر وعشرا فيجب كون المعدود الليالي لان الاسم قلنا الاستعمال
في مثله من ذكر عدد الليالي يدخل ما ازاءها من الايام على ما عرف في التاريخ حيث يكتب بالليالي
فيقال لسبع خلون مثلا وبراد وكون عدة الايام كذلك وان كانت امة فشهران وخمسة ايام
على وزان ما تقدم ثم ابتداء العدة من الموت وعن علي رضي الله عنه من دفنت عليه حتى لو مات في سفر
فلم يبلغها حتى مضت اربعة اشهر وعشرا انقضت العدة بذلك عند الجمهور وعلله رضي الله عنه
بكمون كالعالمة ولم تحد حتى مضت العدة خرج انتفاء عن العدة على ان المقصود الاصلي من اعدم
التزوج وقد وجد ومعنى العبادة تابع لما سيذكر ووجوبها على الكتابية تحت المسلم بوديعة قوله
وان كانت اي المتوفى عنها حاملا فعدتها ان تضع حرة او امة كالمطلقة والمراد بالعدة في النكاح الفاسد
والوطي بشبهة اذا كانت حاملا كذلك لاطلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن
حملهن وكان علي رضي الله عنه يقول لا بد من الوضع والاربعة اشهر وعشرا وهو قول ابن عباس الا
انه توجب على العدة بوضع الحمل وقوله تعالى يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا يوجبها
على انفراد فيجمع احتياطا وفي موطا مالك عن سليمان بن يسار ان عبد الله ابن عباس وابا سلمة بن عبد الرحمن
بن عوف اختلفوا في المرأة تنفس بعد زوجها بليال فقال ابو سلمة اذا وضعت ملأ بطنها فقد حلت
فقال ابن عباس اخر الاجلين فقال ابو هريرة رضي الله عنه انا مع ابن اخي يعني ابا سلمة فارسلوا كريبا
مولى ابن عباس الى ام سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم يسألها عن ذلك فاخبرهم انها قالت ولدت سبيعة
الاسلمية بعد وفاة زوجها بليال فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال قد حللت فانكحي من شئت
وفي الترمذي انها وضعت بعد وفاته بثلاث وعشرين او خمسة وعشرين يوما واخرج البخاري
عن ابن مسعود قال المتجملون علي الثقيلة والا تجعلون لها الرخصة لنزلت سورة النساء القصرى بعد
الطولى يريد بالقصرى يا ايها النبي اذا طلقتم النساء والطولى البقرة والمباهلة الملاعنة
كانوا اذا اختلفوا في شيء اجتمعوا وقالوا لعن الله المبطل منا وقيل هي مشروعة في زماننا وقد

ورد

ورد بلفظ الملاعنة اخرجه ابو داود والنسائي وابن ماجة بلفظ من شاء لاعنته لانزلت سورة النساء
القصرى بعد الاربعة اشهر وعشرا واخرجه البزار بلفظ من شاء لاعنته واسند عبد الله
بن احمد بن حنبل في مسند ابيه عن ابي بن كعب قلت للنبي صلى الله عليه وسلم واولات الاحمال
اجلهن ان يضعن حملهن المطلقة ثلاثا او المتوفى عنها زوجها فقال هي المطلقة ثلاثا والمتوفى عنها
وفيه المثنى بن صباح وهو متروك وقول عمر رواه في الموطا عن نافع عن ابن عمر انه سئل عن المرأة
التي توفي عنها زوجها وهي حامل فقال اذا وضعت حملا فقد حلت فاخبر رجل من الانصار ان عمر قال لو
وضعت وزوجها على سريره ولم يدفن بعد لحلت وفيه رجل مجهول وفي الصحيحين حديث
عمر بن عبد الله بن الارقم انه دخل على سبيعة بنت الحارث الاسلمية فسالها عن حديثها فاخبرته
انها كانت تحت سعد بن خولة وهي من بني عامر ابن لوي وكانت ممن شهد بدرا فتوفي عنها في حجة
الوداع وهي حامل فلم تلبث ان وضعت حملا فلما تعلت من نفاسها تجملت للخطاب فدخل عليها
ابو السنابل بن بعكك رجل من بني عبد الدار فقال لها لي اراك متجملة لعلك ترجين النكاح
والله ما انت بناكحة حتى تمر عليك اربعة اشهر وعشرا قالت فلما قال لي ذلك جمعت علي
ثيابي حين امسيت فاتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فسالته عن ذلك فافتاني اني قد حللت
حين وضعت حملي وامرني بالتزوج ان بدا لي وكان الاعتداد بالوضع لا ينتفي العدة الا بوضع الكل
فلو وضعت ولدا وفي بطنها اخر لم تنقض عدتها وقولها افتاني اني قد حللت حين وضعت يرد قول
من قال من السلف لا تحل حتى تنقضي مدة نفاسها كما نم اخذوه من قوله فلما تعللت من نفاسي
قال لها النكحي من شئت ورد الاحناف على التعليل فيترائي توقفه على الطهر فيتقيد به لكن
ما ذكرناه صريح في ثبوته المحل بالوضع ولو تزوجت بعد الاشهر ثم جاءت بولد لاقل من ستة اشهر
من الحين طهر الفساد النكاح وحق بالميت قوله واذا ورثت المطلقة في المرض بان طلقها بغير رضاها حيث حار او مات وهي
في العدة فعدتها ابعد الاجلين اي الابعد من اربعة اشهر وعشر او ثلاث حيض فلو تربصت
حتى مضت ثلاث حيض ولم تستكمل اربعة اشهر وعشرا لم تنقض عدتها حتى تستكملها وان مضت
اربعة اشهر وعشرا ولم تمض لها ثلاث حيض بان امتد طهرها لم تنقض عدتها حتى تحيض وان
مكثت سنين ما لم تدخل سن الايأس فتعتد بالاشهر اذا عرفت هذا فمن فسر ابعد الاجلين بانها
تعتد باربعة اشهر وعشر افيها ثلاث حيض معتبرا لا يصدق الا اذا كانت الاربعة اشهر وعشرا
ابعد من الثلاث حيض وحقيقة الحال انه لا بد من ان تتربص الاجلين وهذا الحكم ثابت في صورا احدها
هذه والثانية اذا قال لزوجته او زوجاته احداكن طوالق باين وماتت قبل البيان فعلى كل
واحدة الاعتداد بابعد الاجلين ولو بين في احدهما كان ابتداء العدة من وقت البيان والثالثة
ام الولد اذا مات زوجها وسيدها ولم تدر ايهما مات اولا وعلم ان بينهما شهرين وخمسة ايام
فصاعدا وسنفصلها ان شاء الله تعالى ثم المراد بذلك الطلاق الطلاق البائن واحدة او ثلاثا
اما اذا طلقها رجعيا فعدتها عدة لو فاسوي طلقها في مرضه او في صحته ودخلت في عدة الطلاق
ثم مات الزوج فانها تنتقل عدتها الى عدة الوفاة وترث بخلاف ما اذا طلقها بائنا في صحته
ثم مات لا تنتقل ولا ترث بالاتفاق قوله لان ابي يوسف ان النكاح قد انقطع قبل الموت بالبين
ولزمها ثلاث حيض كاملة وانما يلزم عدة الوفاة اذا انقطع بالموت وليس فليس وانما بقي في حق
الارث لاجماع الصحابة رد القصد الشرعي وهذا لا يستلزم الكل ببقاء بعضه في حق العدة فلا يتغير به
العدة خلافا لزفر لان النكاح قائم من كل وجه وانما انقطع بالموت فوجب عدة الوفاة فيه قوله
فيجمع بينهما اي بين عدة الوفاة والطلاق وذلك لانه انقطع بالطلاق حقيقة وبالموت حكما اما الاول

فتعرض المسئلة انه اذا بانها قبل الموت وباعتباره يجب عدة الطلاق واما الثاني فلا اعتبار قيام
النكاح عند الموت فان توريثها لا يستلزم ذلك ولا نسلم لزوم عدة الوفاة ولازم اللازم لا يلزم فيلزم
الامتداد بعدة الوفاة لكن يبقى قول ابي يوسف ان اعتبار قيام ما لم يرد نقضه عدم توريثها عليه
لا يستلزم ان يبقى في حق العدة وجوابه ان الارث لا يثبت بالشك والعدة تثبت به فاذا بقي
النكاح شرعا في حق الارث فلان يبقى في حق العدة اولى مع ان الاصل اذا المبنى اذا ثبت بلازمه
وهذا هو معنى قول المصنف احتياطا **قوله** ولو قتل على ردته الى اخره جواب عن مقيس
عليه مقدر لابي يوسف وهو انه لو ارتد زوج المسلمة ثلاث او قتل على ردته ترثه زوجته
المسلمة وليس عليها عدة الوفاة بل الحيض لان زوال النكاح كان بالردة لا بالوفاة فكذا هنا زوال
بالطلاق لا بالموت ولا يجب عدة الموت فاجاب بمنع حكم الاصل قوله لانا لا نسلم انه لا يلزمها عدة
الوفاة بل يلزمها اشار اليه الكرخي وما ذكر مذهبك فهو على الخلاف فيلزم الجمع بين العدة
والحيض فلا يرد به الالزام ولئن سلمنا ان لزوم الحيض انما هو لقيام النكاح فالعرف ان توريثها وهو الحكم الثابت
بعد انه لم يعتبر النكاح شرعا فاما بالموت لانه لو اعتبر كذلك لم ترث اذ لا يرث المسلم
الكافر فلزم العلم باعتبار استناد الارث الى وقت حدوث الردة اعتبارا للردة موتا
حكما وقد تحقق هذا الموت ولا مسلمات غير انه زال به اسلامه وبذلك السبب لزمها العدة
بالحيض فلا يلزمها عدة الوفاة **قوله** وان اعتقت الامة في عدتها من طلاق رجعي انتقلت
عدتها الى عدة الحرائر فتكمل ثلاث حيض لقيام النكاح من كل وجه الى بعد الطلاق الرجعي
فلما اعتقت والحال قيامه من كل وجه حل ملك الزوج عليها والعدة في الملك الكامل مقدرة
شرعا بعدة الحرائر ثلاث حيض كذا في الكافي ووضع في شرح الكنز لفظ الطلاق مكان لفظ العدة
فقال والطلاق في الملك الكامل يوجب عدة الحرائر ولا يخفى ان الطلاق لم يحدث في الملك
الكامل بل الطارئ الملك بعده بالعتق اللهم ان يجعل لبقائه لحكم حكم ابتدائه وهو ممنوع لو كانت
احداهما عبدة لكن على خلافية وبعولتن قال الشافعي في الاظهر واحمد واسحاق والحسن والشعبي
والضحاك وقال مالك وابو ثور لا تكمل عدتها في الرجعي والبائن وعن الزهري وعطاء وقتادة
تكمل فلا بد من اثبات اعتبار بقائه كابتدائه وجه قول مالك ان مجرد الطلاق ثم سبب
عدة الاقراء وشرط وجوبها ورود الطلاق على امة عتيب نكاح متأكد فلو وجبت عدة الحرائر
كان على خلاف مقتضى السبب وتحقق الجواب منع تاثير سبب العدة في كميته مخصوصة فالنكاح
سبب للعدة عند الطلاق فقط فلا يفيد كميته خاصة اذ لا يعقل تاثير النكاح في خصوص كمية
بل في مطلق التربص بغرفا وتاسفا وتقدير الكمية بحكمه اخرى سنذكرها في عدة النكاح
الفاسد وحينئذ سلم الوجه المذكور للانتقال عن المعارض وهو صور الانتقال الى جميع كميات
العدة البسيطة وهي اربعة صورتها امة صغيرة منكوحة طلقت رجعيا فعدتها شهر
ونصف فلو حاضت في اثنائها انتقلت الى حيضتين فلو اعتقت قبل مضيهما صارت ثلاث
حيض فلو مات زوجها قبل انقضائها انتقلت الى اربعة اشهر **قوله** وان كانت ايسة
فاعتدت بالشهور يمكن كون ثمانية يعني اذا وجدت امرأة ايسة فاعتدت بالشهور
قوله ثم رات الدم بعد انقضاء الاشهر او بعقبها انتقض ما مضى من عدتها وظهر فساد نكاحها
الماضي بعد تلك العدة حتى لو كانت حلت من الزوج الآخر انقضت عدتها وفسد نكاحها مرصوا
به ويندرج في الطلاق الانتقاض وهو لازم للتعليل الذي ذكره في الكتاب بقوله لان عودها
يبطل الاياس هو الصحيح فظهر انه لم يكن خلفا وعلة بان شروط الخلفية ان خلفه الاعتداد
بالاشهر عنه بالحيض تحقق الاياس بالنص وهو قوله تعالى في اللائي يئسن من المحيض الآية

والاياس لا يتحقق الا باستدامة العجز الى الممات كالقدرة في حق الشيخ الفاني فاذا ظهر الدم
ظهر عدم الخلفية فظهر عدم انقضاء العدة الا ان هذا التوقف على كون ذلك الدم حيضا وليس
هو بلازم من مجرد وجوده لجواز كونه دما فاسدا فلذا قيده بقوله ومعناه اذا رات الدم على
العادة لانه حينئذ ظاهر في انه ذلك المعتاد وعود العادة يبطل الاياس ثم فسر بعضهم
هذا بانه تراه سابلا كثيرا احترازا عما اذا رات بلة يسيرة ونحوها وقيده ايضا بان يكون
احمر او اسود او اصفر او اخضر او تربيه لا يكون حيضا ومنهم من لم يتوقف فيه فقال معناه
اذا رأته على العادة الجارية وهو مفيد انها اذا كانت عادة قبل الاياس اصفر فراته كذلك
او علقا فراته كذلك كان حيضا مظهرا عدم انقضاء العدة بالاشهر ثم اطلق المصنف انتقاض
العدة ولا استئناف فاقتضى ثبوت ذلك سواء قلنا بتقدير الاياس بسن او لا وذكر في المحيط
ان في ذلك روايتين في رواية لا تقدير فيه واياسها على هذه ان تبلغ من السن ما لا تحيض
فيه مثلها فاذا بلغت هذا المبلغ وانقطع الدم حكم باياسها وان رات بعد ذلك وما يكون حيضا
على هذه الرواية فيبطل الاعتداد بتلك الاشهر ويظهر فساد النكاح ويمكن كون المراد بمثلها
فيما ذكر المماثلة في تركيب البدن والسمن والهزال وفيه رواية بقدر خمس وخمسين سنة
وهو رواية الحسن وعليه اكثر المشايخ وفي المنافع وعليه الفتوى وعن محمد انه قدره في الرومية
بخمس وخمسين سنة وفي غيرهن بستين وعنه بسبعين وبه قال الصفار وقال ابو الليث
لو حاضت ثم انقطع عنها الدم تصير ستين سنة ولو كانت عادتها واخواتها انقطاعه
قبل الستين تاخر بعادتهن وبعد الستين لا تاخر بعادتهن وقال الاقطع فاذا رات بعد
ذلك دما لا يكون حيضا كالدم الذي تراه الصغيرة التي لا تحيض مثلها وهذه العبارة تفيد
انه لا يحتاج الى حكم القاضي بالاياس ولذا العبارة القابلة اذا بلغت المعذور يعني وانقطع حيضها
حكم باياسها فان رات الدم بعد ذلك لا يكون حيضا انما تقضي ان عند بلوغ للمعذور الانقطاع
حكم به شرعا وقيل يكون حيضا ويبطل به الاعتداد بالاشهر ويظهر فساد النكاح لان الحكم
بالاياس بعد خمس وخمسين اذا لم تراد ما بالاجتهاد والدم حيض بالنص فاذا رأته فقد وجد
النص بخلاف الاجتهاد فيبطل لذا نقله بعضهم وهو يفيد كون الخلاف انما هو على رواية التقدير واما
على عدمه فلا خلاف في الانتقاض وفي الغاية معزيا الى الاسبيجابي على رواية عدم التقدير ولو اعتدت
بالاشهر ثم رات الدم لا تبطل الاشهر وهو المختار عندنا فثبت اختلاف المشايخ على الروايتين وفي
بعض الروايات ما يفيد ان عدم الانتقاض اذا حكم القاضي بالاياس وتقيد الانتقاض بعدم حكمه
به ففي الخلاصة نقل من نوادر الصلاة عن محمد في العجوز الكبيرة اذا رات الدم مرة الحيض فهو
حيض ثم نقل قول بن مقاتل انها محمولة على ما اذا لم يحكم باياسها اما اذا انقطع وحكم باياسها
وهي ابنة سبعين سنة او نحو فرات لا يكون حيضا وقائد بعده بخطوط وطرز القضاء ان ادعى احد الزوجين
فساد النكاح بسبب قيام العدة فيقضي القاضي بجوازه بانقضاء العدة بالاشهر قال وكان
الصدر الشهيد يفتي بانها لو رات بعد ذلك دما لا يكون حيضا وينبغي بطلان الاعتداد بالاشهر
ان كانت رات الدم قبل تمام الاشهر وان كانت رأته بعد تمام الاعتداد بالاشهر لا تبطل الا بحكم القاضي
بجواز ذلك او لم يقض ثم ذكر الخلاف صريحا مبنيا على ما قلنا ه من مجموع النوازل الايسة
اذا اعتدت بالشهور وتزوجت ثم رات الدم لا يكون النكاح فاسدا عند بعض المشايخ رحمهم الله
الا اذا قضى القاضي بجواز النكاح ثم رات الدم لا يكون النكاح فاسدا ثم قال والاصح ان النكاح
جائز وان لم يشترط القضاء وفي المستصفى العدة بالحيض انتهى فتحصل في المسئلة اقوال على التقدير
وعدمه وهي تنتقض اذا رأته قبل انقضاء الاشهر وبعدها في الماضي والمستقبل وذا قابل مدة

الاياس او احكم بالياس اولا وهو ظاهر مختار للمصنف من التصوير والتعليل لا ينتقض مطلقا كذلك
ان رأته قبل تمام الاشهر وان كان بعدها فلا يبطل ولا ينتقض الا نكحة قضى بالياس اولا وهو قول
الشهيد ينتقض ان لم يكن قضى بالياسها كما قلنا لا ينتقض ان كان حكم بالياسها وهو مدعي فساد
النكاح فيقضي بصحته وبانقضاء العدة وبنتقض ان لم يكن حكم بالياس والقول الصحيح النوازل
انتقض في المستقبل فلا تعتد الا بالحيض لا الماضي فلا تفسد الانكحة المباشرة عن الاعتداد بالاشهر
واذا عرفت هذا فقول المصنف هو الصحيح احترازا عن كل قول يخالف اطلاق الانتقاض مطلقا كان
او مفصلا ومبنى مختاره على اشتراط تحقق اليأس لحقيقة الاشهر بالنص وان تحقق اليأس
لا يكون الا باستدامة الانقطاع الى الممات ولا شك في الاول لكن كون تحققه موقوفا على
استدامة الانقطاع لا اعلم فيه دليلا سوى ما يتوهم من لفظ اليأس انه يقتضي ذلك ولا شك
ان اليأس من مقولة الادراك فانه ليس الا اعتقاد ان الشيء لا يقع ابدا اما انه يستدعي كون
ذلك الاعتقاد علما حتى لا يتصور وجود خلاف متعلقه فلا وكذا قد يتحقق اليأس من الشيء ثم يوجد
وكثيرا ما ينال في الوقايع كنت ايست من كذا ثم وجد منه فانما يستدعي سببا له وكونه
بان ينعدم الحيض وينبت وينتفي مخايل وجوده في باقي العمر لكبر السن كان فيه وعلى
هذا اذا راته بعد الاياس لا ينتقض ما مضى ولا يفسد النكاح المباشر عن اعتداد بالاشهر
لوقوعه معتبر الوجود بشرطه وبقي النظر بعد ذلك في انه هل ينتقض فيما يستقبل فلا يعتد
الا بالحيض فيكون هذا ما صححه في مجموع النوازل او لا ينتقض فيما يستقبل ايضا كقول القفال
وغيره وهو مبني على النظر فيما يترجح في هذا المرئي بعد الاياس هو حيض ام دم فاسد والمتعلق له
بالقضاء بالياس وعدمه اذا القضاء لا يرفع وجود المحسوسات في المستقبل والوجه يقتضي الخلاف
في المستقبل فلا ينتقض ما مضى لوجود الشرط وهو الاياس لوجود سببه وهو الانقطاع في سنه
وهو الذي يغلب فيه ارتفاع الحيض وهو الخمسون وعدم مخايل كونه امتداد الطهر ولا
يحزم في المستقبل انها الحيض لتحقق الدم المعتاد خارجا من العرق على غير وجه الفساد لدليل على الوجه
المعتاد وقد علمت ان الاياس لا بنا فيه فاذا تحقق الاياس تحقق حكمه واذا تحقق الحيض تحقق
حكمه والله اعلم واما كون التجزم المستدام شرطا في الشيخ الفاني فلا يستلزم مثله في الاياس
اذ الملازمة بينهما ممنوعة قياسا سببه نصبة قياسا على تعليق الاعتداد
بالاشهر عند الاياس فقد وجد فثبت الاعتداد بها بالنص ثم زال الاياس فثبتنا الاعتداد
بالاقراء بالنص **قوله** ولو حاضت حيضتين ثم ايست بان بلغت سن الاياس عند الحيضتين
وانقطع او انقطع عندهما في سن لم تحض فيه امثالها على ما ذكر الفقيه وقوله حتى زاعت
جمع بين البدل والمبدل لهذا التعليل هو المفيد لكون المراد من قوله تعتد بالشهور انها تستأنف
العدة بالشهور وارد عليه ان المتوفى اذا سبقه حدث في الصلاة فلما يتيمم ويبني وكذا
لو صلى اولى صلاته بركوع وسجود ثم عجز جاز له البناء بالايماء وهما بدلان اجيب بالمنع فليس الصلاة
بالتيمم بدلا عنها بالوضوء بل التراب خلف عن الماء والطهارة به حلف عنها بالماء والجمع ان بجمع
بين الماء والتراب في رفع حدث واحد وليست هذه كذلك بل رفع الحدث الاول بالماء ورفع
الثاني بالتراب وذا الايماء خلف عن الاركان لانه موجود فيها وزيادة ولكن يسقط عنه بعض
ما يقدر عليه للعذر وبقي البعض على حاله وبعض الشيء لا يكون خلفا من الكل لوجوده معه فيستلزم
كونه خلفا عن نفسه فانما يكون الخليفة بشيء اخر **قوله** والمنكوحة نكاحا فاسدا وهي
المنكوحة بغير شهود ونكاح امراة الغير والاعم للزوج الثاني بانها متزوجة فان كان سمل الاجب
العدة بالدخول حتى لا يحرم على الزوج وطؤها لانه زنى واذا زنى بامراة حل لزوجها وطؤها وبه يفتى كذا

في الدخيرة ونكاح المحارم مع العلم بعدم الحل فاسد عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وللموطوءة
بشبهة كالتي زفت الى غير زوجها والموجودة ليلا على فراشه اذا ادعى الاشتباه **قوله** عدتهما
الحيض في الحرة الكاملة بتفرق الفاضي او عزم الوطء على ترك وطء والموت ان موت الراطي وذلك لقوله
تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا ومطلق اسم الزوج انما يتبع في المتزوج بنكاح صحيح فالعدة
فيهما للتفرق لا اظهار خطر النكاح باطلا والتاسف على زواله غير ان الفاسد ملحق بالصحيح فتعرف
البراءة فيه يجب ان يكون على الوجه الذي هو ثابت في الصحيح فلذا وجبت ثلاث حيض ولم يكتف بواحدة
كما في الاستبراء وانما وجبت في الصحيح ثلاثا لان المقصود فيه التعرف على وجه الاحتياط وحيض الكامل
مما يحوز لانه مجتهد فيه فلا يقوى ظن الفراغ بمرة بجواز كونه حيضا مع الحمل عند من يقول به او استحاضة
معه عندنا وغاية الامر انه مخالف للعادة بخلاف ما اذا تكرر به الاشهر فانه يضعف تجويز
الحمل معه لضعف تجويز مخالفة العادة كثيرا بالحيض والاستحاضة مع الحمل بالنسبة الى مخالفتها
قليلا وهو ثبوت الحمل مع الدم مرة بخلاف الاستبراء فان التعريف مقصود فيه لا على هذا الوجه
فانه لم يتخصص له الا يرى انه يجب باستحداث الملك في المراة فعل فيما ان فيه شائبة التعبد
قوله واذا مات مولى ام الولد عنها او اعتقها فعدتها ثلاث حيض فان لم تحض فثلاثة اشهر
يعني اذا لم تكن حاملا ولا تحت زوج ولا في عدته فان كانت كذلك فعدتها بوضع الحمل في الاولى وفي الثاني
والثالث لا يجب عليها بمرة المولى لعدم ظهور فراش المولى لموت زوجها ومولاها ولا يدري ايهما اولى
فاما ان يعلم ان بين موتيهما اقل من شهرين وخمسة ايام كما بينا ما كان ذلك من يوم الى شهرين و
واربعة ايام ويعلم انه شهران وخمسة ايام فصاعدا او لا يعلم كم بينهما ففي الاول تعتد باربعة
اشهر وعشر لانه ان كان موت المولى اولا فلا عدة منه لانها ذات بعل ثم موت الزوج بعده
وهي حرة موجب لاربعة اشهر وعشر او ان كان موت الزوج اولا لزمها شهران وخمسة ايام ثم موت
المولى قبل تمام عدتها موجب للعتق غير موجب للعدة لانها معتدة والا تقيرها لانها تختص بنوبة
الرجعي فينادي بعدم وجوب العدة من جهة المولى ودارت في الزوج بين كونها اربعة
اشهر وعشرا وشهرين وخمسة ايام فوجب الاحتياط فلزمها اربعة اشهر وعشر وفي الثاني
يجب ان تعتد بعد الاجلين يعني تجمع بين اربعة اشهر وعشر وثلاث حيض لان السيد اذا كان
حيات الزوج فعليها اربعة اشهر وعشر لما قلنا وان كان الزوج مات اولا فعدتها شهران
وخمسة ايام ثم موت السيد بعدها يوجب عليها عدة ثلاث حيض لانه بعد انقضاء عدة الزوج
فعلا تتقدر عدتها اربعة اشهر وعشرا وعلى تقدير عدتها شهران وخمسة ايام وثلاث
حيض فعلم بهذا ان الواقع كان الاحتياط بان تعتد باكثر ما يلزمها وفي الثالث كذلك عندهما لاحتمال كون
الواقع على الوجه الذي ذكرناه وعند ابي حنيفة تعتد باربعة اشهر وعشر فقط لاحتمال
ان الزوج هو المتاخر ولا يعتبر فيها الحيض لان سبب وجوب العدة للمولى وهو ظهور فراشه
لم يوجد والاحتياط انما يكون بعد ظهور السبب لانه العمل بالقوي الدليلين والاخفى انه
مشترك الالزام **قوله** وقال الشافعي حيضة واحدة وهو قول مالك واحمد وقولهم في
قول ابن عمر وعائشة وعن سعيد بن المسيب وابن جبير وبن سيرين ومجاهد والزهري والاوزاعي
واسحاق انها تعتد باربعة اشهر وعشر وقولنا قول عمر وعلي وابن مسعود وعطاء والنخعي والثوري
وعند الظاهرية لا استبراء على ام الولد وتتزوج ان شاءت اذا لم تكن حاملا وهذا بناء على
عدم اعتبارهم القياس الا القياس وهو المسمى عندنا بدلالة النص وعند غيرنا بمفهوم الموافقة
وهذه المسئلة قياسية ولانه تحقق بموت المولى وعتقه وكل من امرين زوال ملك
اليمين فيتقدر بحيضة كالاستبراء وقلنا تربص يجب بزوال الفراش فيتقدر بثلاث حيض

كالمريض في الطلاق وهذا ارجح لان العدة ما خاط بها فالقياس الموجب للاكثر واجب الاعتبار
على ان التحقيق انه لا معارضة بينهما في ايجاب الزايد على الحيضة وذلك لان نفي وجوب الزايد على
الحيضة ليس مقتضى قياس الاستدلال بمقتضى القياس ليس الا التعدية حكم الاصل وهو وجوب التربص
حيضة فقط وعدم وجوب الزايد بالعدم الاصلي الا انه مقتضاه فان اثر العلة فيه وفي كل
قياس انما هو في تعدية حكم الاصل الى غيره بنفي ولا اثبات ثم لا يجب ذلك الغير لعدم الدليل
المقتضي لوجوبه فاذا علمت هذا فايجاب الزايد على الحيضة بمقتضى القياس الذي عيناه
ولا يقتضي نفيه ما عينوه فيسلم ايجابه عن المعارض وعلى هذا التحقيق فالمعارضة انما تثبت
بين كل قياسين اذا لم يكن موجب احدهما بعض موجب الاخر وحينئذ تثبت بطريق اللزوم لما قلنا
من انه ليس من مقتضى العلة المتعرض لغير حكم الاصل بنفي ولا اثبات فاذا كان في الفرع جامعان
لا مانع احدهما يقتضي فيه حكما وجوديا والاخر غيره بالكلية فانه يلزم من اعتبار احدهما ثبوت
حكمه ويلزم من ذلك انتفاء حكم الاخر اللهم الا ان يجوز القياس والتعليل لنفي حكم فان النفي حينئذ
مقتضاه وفيه كلام في الاصول ومن اختياره شرط كون العلة امرا عدميا والمحققون على نفيه
كما ان العدم لا يورث شيئا وما وقع في الفقه بناظاهر التعليل به كقولهم بعدم الخمس في موضع
لانه لم يوجد عليه المسلمون ونحوه فانما حقيقته بنا الحكم على العدم الاصلي بناء على انه
لم يثبت من الشرع ما اعتبر منوطا به الخمس الا ذلك وهو منتف في تلك الصورة فينتفي الخمس
اي يبقى على عدمه الاصلي لا انه الحاق جامع مؤثر كخلاف ما اذا كان موجب احدهما بعض موجب
الاخر كما نحن فيه فان الجامع بينظافر ان على اثبات ذلك البعض وينفرد احدهما باثبات
امر اخر ليس فيه مقتضى الاخر **قوله** واما ما نقل عنه عمر رضي الله عنه روى ابن ابي شيبة في
مصنفه حدثنا يحيى ابن يونس عن الاوزاعي عن يحيى ابن ابي كثير ان عمر ابن العاص
امر ام الولد اذا اعتقت ان تعتد ثلاث حيض وكتب الى عمر رضي الله عنه فكتب يحسن
رايه فاما انه قال في الوفاة كذلك فالله اعلم وليس يلزم من القول بثلاث حيض في العتق من يخص
قوله به في الوفاة الا بدليل ما ذكرناه عن عمرو بن العاص انه قال بها في العتق وروى
ابن جان في صحيحه والحاكم وصححه من قبيصة عن عمرو بن العاص قال لا تلبسوا علينا بينا عدة
ام الولد المتوفى عنها زوجها اربعة اشهر وعشر لكن قال الدارقطني وقبيصة لم يسمع من
عمرو فهو منقطع وهو عندنا غير صالح اذا كان قبيصة ثقة وقد اخرج بن ماجه بسنده عن
الحرث عن علي وعبد الله قالا ثلاث حيض اذا مات عنها يعني ام الولد واخرجه عن ابراهيم النخعي وابن
سيرين والحسن البصري وعطاء فعلى هذا تعارض النقل عن ابن سيرين والحرث ضعيف الا ان غالب
نقل المذاهب قل ما يخلو عن مثله والمتحقق انها مختلفة بين السلف وهو راجع الى اختلاف الراي
وقد بينا ترجيح ما هو المتوافق رأينا **قوله** واذا مات الصبي عن امراته وبها حبل احتاط فيما اذا مات
وظهر بها حبل بعد موته فانها تعتد بالشهور اتفاقا لم يعرف ذلك ان نقص لاقل من ستة اشهر
من موته في الاصل فاذا وضعته كذلك انقضت عدتها عند ابي حنيفة ومحمد فان وضعته لستة
اشهر من موته فالتزم ان يكون محكوما بقيامه عند موته بل بحدوثه بعده فلا يكون تقدير العدة
بالوضع عندهما بل باربعة اشهر وعشر اتفاقا وقيل المحكوم بحدوثه ان تلده لاكثر من سنتين
من موته وفيما دون ذلك يكون الانقضاء بالوضع وليس بشيء لان التقدير للحدوث باكثر من سنتين
او بسنتين كوامل ليس الا للاحتياط في ثبوت النسب ولا يكون ثبوته في الصبي فلا حاجة الى قياضيه
الحكم بالحدوث الى السنتين **قوله** وقال ابو يوسف عدتها اربعة اشهر وعشر وهذه رواية
عن ابي يوسف اذا لم يحكم في الظاهر خلاف ولم يذكر محمد والجامع كلامه الحاكم وقول عمر الاسلام وهذا يعني

بوضع الحمل استحسان مني لما يدل عليه فانا في رواية عنه وكذا قال شمس الايمة وعن ابي يوسف ان عدتها
بالشهور وهو القياس وهو قول زفر انتهى واذا قال ابو يوسف في المطلقة جات بولد لاقل من ستتين
تقتد بوضعه مع انه منفي النسب ومحكوم بحدوثه فكيف يقول في المحكوم بقيامه عند الفرقة
لا تعتد بوضعه فانا في رواية شاذة وهو قول مالك واحمد وهو رواية عن ابي حنيفة ثم يجب كون
ذلك الصغير غير مراهق اما المراهق فيجب ان يثبت النسب منه الا اذا لم يكن بان جات بولد لاقل
من ستة اشهر من وقت العقد وعلى هذا الخلاف اذا طلق الكبير امراته فانت بولد غير ساقط لاقل من ستة
اشهر من وقت العقد بان تزوجها حاملا من الزنى والحال ثم وضعت كذلك تعتد
بالوضع بعد الطلاق تعتد بالوضع عندهما وعندهما اعتبار به وانا قلنا ولا يعلم لصحة كونه على هذا الخلاف
لانه لو علم لم يصح العقد عندابي يوسف لانه يمنع العقد على الحامل من الزنا بخلاف ما اذا لم يعلم فانه وان لم
يصحه لكن يجب الوطي وفيه العدة فانه بشبهة فيقع الخلاف في انها بالوضع او بالاشهر وحامل
متكلم القياس على الحادث بعد موت الصغير هكذا حمل منفي النسب فلا تعتد بوضعه كما حمل الحادث
بعد موت الصغير ولما الحلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن من غير فصل
بين كونه منه او من غيره والا نها اي عدة الوفاة في حق الحامل وقت الموت مقدرة بوضع الحمل
في اولات الاحمال لا لتعرف فراغ الرحم لتشرع اي لشرع عدة الوفاة بالاشهر مع الاقراء التي لتعرف
حق النكاح وهذا المعنى وهو قضاء حق النكاح يتحقق في الصبي وان لم يكن الحمل منه كما يتحقق في الكبير
والنسب منه وتخصيص هذا الوجه انه قياس زوجة الصغير الحامل وقت موته لغير ثابت النسب
على زوجة الكبير الحامل وقت موته ثابت النسب في حكم هو الاعتداد بوضع الحمل بجامع انه لتعرف
حق النكاح اظهار الخطر متعرضا فيه لانتفاء الفارق وهو وصف ثبوت نسب الحمل وعدمه ودليل
الالغاء شرع الاشهر تحقق الاقراء به يظهر فساد ما ذكروه من صورة القياس وان حقيقته
ليس الا نفي الحكم لنفي العلة المساوية وهي ثبوت نسب الحمل فانه المعتبر علة مساوية للاعتداد
بالوضع وهو منتف في الخلافية فينتفي الاعتداد بوضع الحمل اذ انتفى في الحامل بحدوث
الصبي ونحن منعنا عليته فضلا عن مساواته لكن لا يخفى ان كون الاعتداد بالوضع ليس الا لتعرف
حق النكاح ممنوع بل لذلك ولتثبت الفراغ ليتمكن من النكاح وقدمنا ان شرعيته لكل من
الامرين فقد ينفرد احدهما وقد يجتمعان فالاول لعدم التعرض للنفي ويكفي كون الولد مطلقا
للعلم فانه اذا ثبت امر للاعم ثبت لكل خصوصياته فيثبت كونها بوضع الحمل للنفي ايضا واعلم
ان قول ابي حنيفة ومحمد في المسئلة الذي استبعدنا بها قول ابي يوسف اني المطلقة اذا جات
بولد لاكثر من سنتين ان عدتها تنقضي من ستة اشهر على الوضع فيرجع بنا فيها ان كانت بظهرا
اضافة الحادث وهو الحمل الحادث الى اقرب زمانه **قوله** بخلاف ما لو حمل الحادث شرع
بفرق بين ما فاسوا عليه في الصورة وبين محل الخلاف والحاصل انه تعالى انما شرع العدة بوضع
الحمل اذا كان الحمل ثابتا حال الموت وان كان لفظ الآية مطلقا يخص بالعقل للعلم بان حال
الموت حال زوال النكاح وعند تم السبب الموجب للعدة فلا بد ان يثبت الورثة اذ ذاك
والغرض الاصلي حينئذ ليثبت الحمل وعدمه فكان اعتبار قيام الحمل عند الموت وعدمه
للاعتداد بالوضع او بالاشهر من ضروريات العقل بعد العلم بما ذكرناه فعند عدمه والغرض
ان العدة تثبت لا بتوقف فانما تثبت بالاشهر وبهذا لزم ان مراد الآية باولات الاحمال
حالة الفرقة **قوله** ولا يلزم امراة الكبير اذا حدث بها حبل بعد موته بان جات به لاقل
من ستتين مع حدوثه في نفس الامر حيث تعتد بالوضع لا بالاشهر مع فرض حدوثه في نفس الامر
واجاب لمنع الحكم بحدوثه فانه محكوم بثبوت نسبه شرعا وذلك مستلزم للحكم بقيامه عند

الموت والاصل الموافق بين الحكمي والواقع الا ان تحقق خلافه فوجب كونه قائما عند الموت
حقيقة وحكما حتى لو ولدته لاقل من ستة اشهر من وقت الموت ثبت نسبه منه ويرثه كان الحكم ان تعتد بالاشهر وعند
الشافعي رحمه الله هي للايراد المجاب عنه باذكر اصلا قوله وانما يثبت نسب الولد في الوجهين
اي في الحادث بعد الموت وعيني كان الصبي لا مال له فلا يتصور منه العلوق وقوله والنكاح
يقوم مقامه اي مقام العلوق في موضع التصور وكان الشيء انما يقدر تقديرا اذا لم يمكن تصوره
تحقيقا قوله واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض لم يحتسب بالحيضة التي وقع فيها الطلاق
لان العدة ثلاث حيض كوامل لانه مسمى الاسم في ثلاث قروء وقوله صلى الله عليه وسلم وعدتها حيضتان
قوله واذا وطئت بشبهة من اجنبي او من الزوج ووافق الشافعي في احد قوليه فيما اذا كان
الواطئ المطلق والوطء بشبهة يتحقق بصورتها التي ذكرت لها غير زوجها والموطوءة للزوج بعد
الثلاث في العدة بنكاح قبل زوج اخر او في العدة اذا قالت ظننت انها تحل لي والتي طلقها
بالكناية ثم وطئ في العدة او كانت في عدة وطئ اخذ بشبهة ثم طلقها الزوج ففي هذه تجب
عدتان وتتداخلان وهو قول مالك وعند مه قول الشافعي واحمد رحمهم الله وما في الغاية
من ان الشبهة في المطلقة الطلاق الثلاث في الفعل والشبهة في الفعل لا يثبت النسب
بالوطء وان قال ظننت انها تحل لي واذا لم يثبت النسب لا يجب به العدة سياتي رفعه
في كتاب الحدود ان شاء الله تعالى ثم معنى التداخل المراد عنها حتى لو كانت وطئت بعد حيضة
من العدة الاولى فعلمها حيضتان بنتا مهما وتحسب بهما من عدة الثاني والاخر ان يخطبها اذا انقضت
عدتها من الاول في عدته او يخطبها غيره فان كان الاول طلقها رجعيا فله ان يراجعها اذا انتا
ثم لا يقربها حتى تنقضي عدتها من الاخر وان طلقها بائنا فليس له ان يخطبها بعد وجوب العدة عليها
من الثاني حتى تنقضي عدتها منه وكذا اذا كانت العدتان بالشهور قالوا والخلاف مبني على
ان رأس العدة ماذا فعند الشافعي كف النفس عن المحرمات التي من مبدء معينه فاذا وجب كف
عنها في مدة بسبب وكف عنها كذلك بسبب اخر يتداخلان لان هذا الكف عبادة والعبادة
تتداخل اما التداخل لا بين العقوبات الا يرى ان من وجب عليه الكف عن المشهوتين
في يوم بسبب ثم وجب مثله بسبب اخر لا يخرج عن عهدة ذلك بصوم يوم واحد وعندنا
الركن نفس تلك المحرمات الكائنة في تلك المدة ويمكن اجتماع حرمات في الشيء الواحد كالخروج
والتزوج فيما نحن فيه في زمان واحد باسباب مختلفة كحرمة الخمر المحلوف على عدم شربها
نهار الصائم ونحو ذلك ومعنى العبادة تابع بدليل انها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف
ونحن نسلم الكلام ونقول لا شك انه يثبت عند تمام سبب العدة امور هي حرمة الخروج
وحرمة الزينة وحرمة التزوج في مدة معينة تنتهي هذه المحرمات بانتهائها ووجوب التربص
في تلك المدة ايضا الثابت بقوله تعالى والمطلقات يتربصن مع ان هذا الوجوب لا يدان يثبت
لازما للحرمة بادنى تامل ومتعلق الوجوب ليس الا فعل المكلف والتربص وان كان الانتظار
مفهوما من افعال النفس فان اردنا تعيينه لم نر السبب به من كونه ترك تلك المحرمات الى انقضاء
المدة وترك الشيء لا يخرج عن كونه كف النفس عنه اوجبها لمن طن المقابلة بين الكف والترك
بعد عن التحقيق وحينئذ يكون حاصل التربص نهيا عن تلك الامور لانه طلب كف عنها جعلوا
وذروا البيع نهيا عنه قالثابت بحرفهم هذه الامور ومن المعلوم ان لزوم الكف لا يتعلق
بالمراة الا عند علمها بالسبب اذ التكليف بالمقدور وقدرة بدون العلم فيما نحن فيه
وهي ان الحكم اذا ثبت في حق المكلف بانما علمه بالسبب والمقدمة القائلة ان الحكم الجديد
بعد ينتهي بانتهاء ما لزم انها اذا لم تعلم بالطلاق حتى تمت العدة خرجت عن العدة عند ائمتنا

ان الثابت في حقها لم يكن حكم الخطاب بل غايته اصل الوجوب الثابت بالسبب والطلب في اصل
الوجوب على ما عرف او علمت ثم لم تكف اي لم تتربص عن الخروج والنكاح حتى انتهت الى حد الذي
لو ان تمت المدة حرجت عن العدة اثمه فلا يكون انتفاء الا بالعلم ومع تركها الكف دليلا على ان
معنى العبادة تابع كما قال المصنف بل الدليل على ذلك تحققها في حق من لا يصح العبادة منه فلا يجب عليه
كالمجنونة والصغيرة فعلم ان تحقق العدة في الشرع بالاصالة انما هو لتعرف فراغ الرحم وانظهار
خطر النكاح والبضع فقد يجتمعان كما في ذات الاقراء وقد لا كما في الايسة والصغيرة ومعنى العبادة
تابع وهو كف النفس المختار نفسه عن متعلقات ذلك المحرمات فلا شك ان العدة تطلق على
كل من تلك الامور اما على التربص ففي قولنا وجبت العدة ونحوه واما على نفس المدة ففي نحو قولنا انقضت
العدة وما سنذكره ايضا واما على نفس المحرمات فبفرض دعوانا انها الركن لكن الشان في بيان
ان مسمى لفظ العدة في الشرع فالذي يفيده حقيقة نظم كتاب الله تعالى وهو قوله عز وجل فعدتهن
ثلاثة اشهر انه نفس المدة الخاصة التي تعلقت الحرمات فيها وتعددت بتعدد الحرمات الثابتة فيها والوجوب
الكف وان التربص وقوله تعالى يتربصن انما يفيد لزوم التربص لا انه مسمى لفظ العدة وقد قلنا ان كلا
من الامور الثابت عند تمام السبب والكلام الان ليس فيه واما قوله تعالى احلهن ان يضعن حملهن حتى
يبلغ الكتاب اجله فاذا بلغن اجلهن فالاجل ما كان من المدة لشيء ما ثبت عند مضيه كالمطالبة في الدين
ثم الثابت بمضي هذا الاجل حل النكاح والخروج فيكون الثابت قبله حرمتها فلا دليل فيه ايضا على
مجرد الثبوت وهو لا يستلزم كونه الركن كما قلنا في التربص واما وصف العدة بالوجوب في قولنا
العدة واجبة ووجبت فانما تقتضي ان المراد بها فعل كالتربص والكف وهو لا يستلزم كونه المفهوم
لحقيقي الاظهر او ذلك لو لم يعارضه النظم القراني فنلخص انه يجب كون مسمى العدة المدة الخاصة
التي تعلقت فيها المحرمات عند الكل وحينئذ نقول لا يلزم بنا الخلاف في تداخل العدتين على كون ركن
العدة الكف او المحرمات بل يصح بتوجه مع الاتفاق على انها مدة حقيقة وذلك لان العدة حينئذ
تعلقت بها محرمات يجب لها كف النفس عن متعلقاتها فتداخل العدتين يستلزم تداخل تلك العبادات
الواجبة فيها لا ان تداخلها واللازم متحد حينئذ وهو امتناع تداخل العبادات سواء لازما
لتداخل العدة او كان عين تداخلها فلذا والله اعلم اقتصر المصنف عن كون المبنى ما مر والدفع
على هذا التقدير ان الكف الواجب لم يجب تحقيقه على وجه العبادة بل مطلقا اذ لا دليل يوجب
كونه وجب ايجاده على ذلك الوجه بل الدليل قام على عدمه للاتفاق على ان البالغة العاقلة لو قطع
الكف منها بغير نية بل اتفاقا او لغرض مباح حتى انقضت المدة لم يحكم بكونها اثمة مع انه لم
تتحقق لعدم نيته الاحتساب لله تعالى فعلم انه لم يجب على انه عبادة نعم هو له عرضة ان يصير
عبادة فان البالغة العاقلة اذا كفت نفسها عن الخروج وغيره مع فراغ النفس لذلك
احتسابا لله وقصدا لطاعته وقع ذلك عبادة لله تعالى الا انه يجب ايقاعه لذلك قوله
والمعتدة من وفاة اذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض فيها فلو لم
تر فيها دما يجب ان تعتد بعد الاشهر بثلاث حيض قوله وابتداء العدة في الطلاق عقيب
الطلاق لان سبب وجوب العدة الطلاق فاشعاره فقد قدموا ان سببها النكاح والطلاق شطره
وان الاضافة في قولنا عدة الطلاق اليه الشرط فالاولى ان يقال لان عند الطلاق والموت يتم
السبب فيستحقها من غير مهل فيكون مبدا العدة من غير فصل بالصدور قوله ومشايخنا
يفتون في الطلاق ان ابتداءها من وقت الاقرار تتميما للمواضعة بان يتواضعا
على الطلاق وانقضاء العدة ليصح اقرار المريض لها بالدين او يتواضعا عليه ليتزوج اختها
او اربعا سواها واذا كان مخالفة هذا الحكم وهو مذهب الائمة الاربعة وجمهور الصحابة

والثاني لهذه التهمة فينبغي ان يخبري به محال التهمة والناس الذين هم مظانها ولهذا فصل السغدي
حيث قال ما ذكر محمد يعني من ان ابتداء العدة من وقت الطلاق محمول على ما اذا كانا متفرقين من الوقت
الذي اسند الطلاق اليه اما اذا كانا مجتمعين فالكذب في كلامهما ظاهر فلا يصدقان في الاسناد قال محمد
وعلى هذا اذا ارخا زمانا ثم قال لها كنت طلقتك منذ كذا وهي لا تعلم بذلك يصدق وتعتبر عدتها من ذلك
الوقت ثم تجب عليه نفقة ولا سكنى لاعترافها بالسقوط وعلى قول هؤلاء ينبغي ان لا يحل لها التزوج
باختها واربع سواها وعرف ان تعيينه للاقرار بعيد ان الطلاق المتقدم اذا ثبت بالبينة ينبغي
ان يعتبر العدة من وقت قامت لعدم التهمة كما ان ثبوتها بالبينة لا بالاقرار وان سقطوا النفقة
والسكنى على هؤلاء اما هو اذا صدقته اما اذا كذبته في الاسناد وكذا اذا قالت لا ادري والحكم في
الفصول الثلاثة على قول المشايخ فلان العدة من وقت الاقرار ولا يصدق في الاسناد ثم المراد
من قوله ومشايخنا مشايخ بخارى وسمرقند واقتصار النهاية والدراية على قوله عن مشايخ بلخ
غير جيد ثم فيه عرك لشرح الكتاب وان كان غايبا فانها مات او طلاقه لمدة تنقضي العدة فلا
عدة واذا شكت في العدة اعتدت من الوقت الذي يستيقن فيه. مات وله وهيل امر امراته
بيدها ان ضربها فضربها فطلقت نفسها فانكر الزوج الضرب واقامت البينة عليه وقضى
القاضي بالعرفة فالعدة من وقت القضا او من وقت الضرب ينبغي ان يكون من وقت الضرب
ولو طلقها وانكر فاقامت البينة فقضى بالطلاق فالعدة من وقت الطلاق لا القضا قوله
او عزم الواطئ بان اخبرها انه ترك الوطي فان الاخبار اسر ظاهر فيدار الحكم عليه اما اخبار الوطاء
بالعلم احتمال وجود اضربعه وفي الخلاصة والنصاب المشاركة في النكاح الفاسد بعد الدخول
يكون الا بالقول كقوله تركتك وما ينوم مقامه كنزكتها وخليت سبيلها اما عدم المجي فلا اذ الغيبة
يكون شاركة لانه لو عاد يعود ولو انكر نكاحها لا يكون متاركة قوله ولنا ان كل وطيء وجد
في العقد الفاسد يجري مجرى الوطية الواحدة لاستناد الكل الى كل الوطيات الى حكم عقد واحد
وهو شبهة النكاح الصحيح ولهذا اي لاعتبار الكل واحد اي يكتفي بمهر واحد فلو لم يعتبر كذلك تعددت
المهور بتعدد الوطي لما عرف قبيل المتاركة او العزم لانتفت كل الوطيات بجواز غير فلا تثبت
العدة لكن حقيقة كلام زفر انها اذا حاضت بعد الوطي اي وطيء كان قبل التفريق ثلاث حيض
انقضت عدتها وحلت للازواج فاذا تزوجت ظهر ان ذلك كان اخر الوطيات وان كان وطيا
بعد ذلك عاد هذا التقدير فنقول ان تركها حتى حاضت ثلاثا ثلاثا اخره ولو حاضت حيضة
بعد وطية ثم قالت عزمت على تركك احتسبت بتلك الحيضة عندي من العدة فتتزوج
بعد حيضتين اخريين وعندنا لا تحتسب بها وان التمكن من الوطي على وجه الشبهة بسبب
ذلك العقد اقيم مقام حقيقة الوطي لخفاء الوطي وعسر اقامة حجة عليه فاقيم مقام حقيقة الحكم في حق غيره
اي غير الوطي وهو حلها للازواج والحق لا يعرف الحكم واذا اقيم مقام حقيقة ترتب العدة ما دام
التمكن على وجه الشبهة قايما وينقطع التمكن كذلك اما بالتفريق او بالمتاركة صريحا فلا تثبت
العدة الا عندهما واختار ابو القاسم الصفار قول زفر وهو مقتضى ما قدمناه في باب المهر من قول
طايفة من المشايخ وهو الوجه انها لو تزوجت عالمة بانها حاضت ثلاث حيض بعد وطيه كان صحيحا
فيما بينها وبين الله تعالى اذا اشتراط لونها بعد الترك في القضا قوله فالقول قولها مع اليمين
لا بد ان يكون محل هذا اما اذا اكذبها مع كون المدة تحتمل انقضاءها على الحال الذي قدمناه وهو شهران
عند وتسعة وثلاثون يوما عندهما لانه اذا لم تحتمله المدة لا يقبل قولها اصلا قوله كالمودع
اذا ادعى رد الوديعة او الهلاك وانكر المودع فالقول قول مدعي الرد مع ان عليه اليمين اذا كذبه
وعكس هذه المسئلة اذا قال الزوج اخبرتني بان عدتها قد انقضت فان كان في مدة لا تنقضي في مثلها

لا يقبل قوله وان قالت الا ان يبين ما هو محتمل مما سماه مستقيمين الحلق فحينئذ يقبل قولها لو كان
في مدة تحتمله فكذبته لم تستحلف ولها ان يتزوج باختها لانه امر ديني يقبل قوله فيه قوله
واذا طلق الرجل امراته المدخول بها طلاقا بائنا او ثلاثا ثم تزوجها في العدة وطلقها قبل الدخول فعليها مهر
كامل وعدة مستقبلة عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال زفر نصف المهر والمتعة ان لم يكن سمى فيه شيء وليس عليها
عدة مستقبلة ولا تكملة العدة الاولى وقال محمد لها نصفه لو المتعة وعليها تمام العدة الاولى كزفر اذ العدة
الاولى مطلقا بالتزوج ولا يجب عدة بعد الطلاق الثاني ولا كل المهر لانه قبل الدخول ومحمد يقول
كذلك غير ان اكمال العدة الاولى وجب بالطلاق الاول لكنه لم يظهر حكمه حال التزوج الثاني فاذا ارتفع
بالطلاق ظهر حكمه قوله كما لو اشترى ام ولده اي زوجته التي في ام ولده اذا كانت امة فانه ينفسخ
النكاح بالشراء ولم تظهر العدة حتى حل وطيها بملك اليمين ثم بالعتق يظهر عند ان العدة يجب عليها عدة اخرى لانها ام ولد
اعتقت وتداخلت العدتان فيجب عليها الاحداد لان تذهب عدة النكاح وهي حيضتان من وقت الشراء
لانها عدة النكاح ولا يجب عليها شيء من الحيضة الاخرى لانها عدة ام الولد اعتقت ولذا لو طلقها طلقة بائنة
ثم اشتراها ثم اعتقها ولها ولد منه او اولاد لها منه فانه يجب عليها العدة بالطلاق ثم تبطل في حق الشراء
حتى يجوز له وطيها فاذا زال بالعتق يظهر حتى تجب عليها تمام العدة الاولى لانه كان واجبا بالطلاق السابق
وما قاله زفر فاسد لانه يستلزم ابطال المقصود من شرعها وهو عدم اشتباه الانساب فانه لو كان
تزوجها قبل ان تحيض في العدة ثم طلقها من يومه حلت للازواج من غير عدة عن الطلاق وفي ذلك اشتباه
للنسب وفساد كبير ولها ان الوطي قبض فهي مقبوضة في يده حقيقة بالوطية الاولى وبقي اثر
هذا القبض بتمام العدة اذ هي اثره فاذا عاد النكاح والحال قيام قبضها ناب قبضها القايم مقام استحداث
قبض اخر فكان كمجرد العقد فايضا كالغاصب اذا اشترى المغصوب وهو في يده بالغصب ناب
ذلك القبض عن التسليم المستانف ولا يقال وجب عليه هذا ان علل الرجعة بان الطلاق الصريح
بعد الدخول يعقب الرجعة وهو منتف لانا نقول نحن ما جعلنا النكاح الثاني قايما مقام النكاح
والدخول من كل وجه بل في حق تكميل المهر ووجوب استيناف العدة للاحتياط فلا يلزم منه اقامته
مقامه في حق جميع الاحكام والا كان اقامة في حق ترك الاحتياط لان الاحتياط في انقطاع الرجعة
الا يرى ان صريح الطلاق بعد الخلوة لا يثبتها مع ان الخلوة قايمة مقام الدخول في ذلك الحكمين
اقامته مقامه في ثبوت الرجعة بصريح الطلاق وهذه احدى المسايل المبنية على هذا الاصل
وهو ان الدخول في النكاح الاول دخول في الثاني اذا وثانيا لو تزوجها نكاحا فاسدا او دخل بها ففرق
بينهما ثم تزوجها صحيحا وهي في العدة عن ذلك الفاسد ثم طلقها قبل الدخول يجب عليه مهر كامل وعليها
عدة مستقبلة عندهما ولو كان على العكس بان تزوجها صحيحا اولا ثم طلقها بعد الدخول ثم تزوجها في العدة
فاسدا لا يجب عليه مهر ولا عليها استيناف العدة ويجب عليها تمام العدة الاولى بالاتفاق والفرق لهما
انه امكن من الوطي في الفاسد فلا يجعل واطيا حكما لعدم الامكان حقيقة ولهذا لا يجعل واطيا
بالخلوة في الفاسد حتى لا يجب عليه العدة بها ولا عليه المهر وثانيا لو دخل بها في الصحة وطلقها
بائنا ثم تزوجها في المرض في عدتها وطلقها بائنا قبل الدخول هل يكون فارا ام لا ورابعا لو تزوجت
بغير كفوء ودخل بها ففرق القاضي بينهما بطلبها لو ثم تزوجها هذا الرجل في العدة بمهر
وفرق القاضي بينهما قبل ان يدخل بها كان عليه المهر الثاني كاملا وعدة مستقبلة عندهما استحسانا
وعند محمد نصف المهر الثاني وعليها اتمام العدة الاولى وخامسها تزوجها صغيرة ودخل بها ثم طلقها
بائنا ثم تزوجها في العدة فبلغت فاختارت نفسها قبل الدخول وسادسا تزوجها صغيرة فلم يدخل
بها فبلغت فاختارت نفسها ثم تزوجها في العدة ثم طلقها قبل الدخول وسابعا تزوجها ودخل بها
ثم ارتدت ثم اسلمت فتزوجها في العدة ثم ارتدت قبل الدخول وثامنا تزوج بها ثم طلقها

بائنا ثم تزوجها في العدة ثم ارتدت قبل الدخول بها وقلنا تزوج امة ودخل بها ثم اعتقت فاختارت نفسها ثم تزوجها في العدة ثم طلقها قبل الدخول وعاشرها تزوج امة ودخل بها ثم طلقها بائنا ثم تزوجها في العدة فاعتقت فاختارت نفسها قبل الدخول **قوله** واذا طلق الذمي الذمية او مات عنها فلا عدة عليها فلو تزوجها مسلم او ذمي في مرضه طلاقها جاز وهذا اذا كانت تجب في معتقدهم خلاف ما اذا طلقها المسلم او مات عنها فان عليها العدة بالاتفاق **قوله** وكذا اذا خرجت الحربية الينا مسلمة ليس بقيد بل المعتبر من ان تصير بحيث لا تمكن من العود اما الخروج مسلمة او ذمية او مستامنة ثم اسلمت او صارت ذمية فعدة عليها فان تزوجت جاز الا ان تكون حاملا ومنه لا يطأها الزوج حتى يستبرئها بحيضة ومنه لا يتزوجها الا بعد الاستبراء وقالا عليها في الحربية التي خرجت مهاجرة العدة وعليها الذمية العدة اما الذمية فالخلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم وقد بيناه في النكاح اي الاختلاف المشبه وهو غير المتنازع فيه هنا وهو قوله في باب نكاح اهل الشرك واذا تزوج الكافر بغير شهود ثم في عدة كافر وواتى بهم جاز الى اخره او المراد كما من الاختلافين واما المهاجرة فوجه قولهما ان الفرقة لمسلمة في دار الاسلام لو وقعت بسبب غير التباين في دار الاسلام كالمطاوعة والموت والطلاق وجبت العدة فكذا بسبب التباين وانما قيدنا بالمسلمة لينجح خصوص هذا الدليل عليه فعند ابي حنيفة رحمه الله لم يظهر الملازمة على ما لا يخفى قابل بعدم العدة عن طلاق الذمي ذميته اذا كانوا يدينون ذلك **قوله** بخلاف ما اذا هاجر الزوج مسلما او ذميا او مستامنا ثم صار مسلما او ذميا وتركها فانه لا عدة عليها هناك اجماعا حتى جاز له ان يتزوج اختها او اربعا سواها كما دخل دار الاسلام لعدم تبليغ الاحكام لها في دار الحرب لانها غير مخاطبة بالعدة لما قدمنا في باب نكاح اهل الشرك انها حق الادمي فتخاطب بها **قوله** وله قوله تعالى ولا جناح عليكم ان نكحتموهن بعد قوله تعالى اذا جاءكم المومنات مهاجرات والزيادة على النص لا تجوز بالظني وقوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء وفي المطلقات فالحاق البائن بالطلاق قياسا بعدم العدة والا تجوز الزيادة بالقياس هذا والكتابية تحت المسلم تعتد كالمسلمة والخلوة الصحيحة في النكاح الفاسد لا تجب سوى العدة عند العرقه كما لا تجب سوى المهر التسليم لا يجوز لها فلانعدام الخلوة لا الوطء ولا اشكال في وجوبها بالخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح واما الخلوة الفاسدة في النكاح الفاسد فان لم يمكن الوطء مع المانع او الاحرام ونحو ذلك تجب العدة وان لم تجب كالمهر وان اعترفا بعدم الدخول لانها حق الشرع والولد فلا يصدقان في ابطال حق غيرهما وتقدمت هذه في باب المهر وان هذا قول القدوري ومن تبعه ومختار غيرهم ووجوب العدة في كل صور الخلوة وعدة المستحاضة كغيرها لانها تردد ايام عادتها فان تسيت عادتها اعتدت بثلاثة اشهر وكذا التي لم تحض قط وحيث وجب الاعتداد بالاشهر فاما ان يكون الطلاق او الموت في غرة الشهر او في اثنائه ففي الاول يعتبر ثلاثة اشهر اهلة وفي الثاني قال ابو حنيفة يعتبر الايام تسعين في الطلاق ومائة وعشرين في الوفاة وقالا يحتسب بقية الشهر بالايام ثم تعتد شهرين بالاهلة وتكمل الشهر الاول من الشهر الثالث بالايام وعن ابي يوسف روايتان كالقولين اخرهما كقول محمد رحمه الله **فصل** لما ذكر نفس وجوب العدة وقدم وجوبها اخذ يذكر ما تجب فيه على المعتدات فانه في المرتبة الثانية من اصل وجوبها **قوله** وعلى المتوفى عنها يجب بسبب التزوج على المبتوتة واصله المبتوت طلاقها ثم ان ذلك للعلم به لكثرة الاستعمال وهي المختلعة والمطلقة ثلاثا او واحدة بائنة ابتداء او بعد العلم خلافا في عدم وجوبه على الزوجة بسبب غيبة الزوج من الاقارب سوى اهل بيتها لحديث السواد ولا على الاحداد لمن مات ابوها وابنها اولهما او احوهما وانما هو في الزوج خاصة قيل اراد بذلك فيما زاد على الثلاث

لما في الحديث من اباحته للمسلمات على غير ازواجهن ثلاثة ايام والتقييد بالمبتوتة يفيد نفي وجوبه على الرجعية حقه حتى كان له ان يضربها على تركه اذا امتنعت وهو يريدها وهذا الاحداد مباح لها لا واجب عليها وبه يغيرت حقه **قوله** فلقوله صلى الله عليه وسلم لما اخرجه في الصحيح من حديث زينب بنت ابي سلمة قالت توفي حميم ام حبيبة فدعت بصفرة فمسحته بذراعيها وقالت انما اصنع هذا لاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يحل لامراة تومن بالله واليوم الاخر ان تحد على ميت فوق ثلاث الا على زوج اربعة اشهر وعشرا والحميم القرابة وقد روي بلفظ اخر ووقع فيه منسوخا هكذا لما توفي ابوها ابو سفيان وفي لفظ للبخاري فيه فوق ثلاثة ايام والا على زوجها وهذا دليل على ايجاب الاحداد لان حاصله استثناء في من نفي الحل فيفيد ثبوت الحل والا كلام فيه وما قبل من ان نفي حل الاحداد فاستثناء استثناء من نفيه وهو اثباته فيصير حاصله ايجاب احداد المتزوج فانها تحد وذلك يقتضي الوجوب لان الاخبار يفيد على ما عرف ومن ان نفي حل الاحداد ايجاب الزينة فاستثناء استثناء من الايجاب فيكون ايجابا بالان الاصل ان يكون المستثنى من جنس المستثنى منه غير لازم اذ يصح كون نفي حل الحسي نفيا له عن الوجود لغة او شرعا ليتضمن الاستثناء الاخبار بوجوده بل نفي له عن الحل ولو سلم فوجود الشيء في الشرع لا يستلزم الوجوب لتحققه بالاباحة والندب والوجوب وايضا استثناء الاحداد من ايجاب الزينة حامله نفي وجوب الزينة وهو معنى حل الاحداد اذ الجنس حاصل مع هذا فان المستثنى والمستثنى منه الاحداد ولا يتوقف اتحاد الجنس على صحة الوجود فيهما معدوما الا ترى فلذا قال ظهير الدين وما قاموا به ثلج الفواد ومن هذا ذهب الشعبي والحسن البصري الى انه لا يجب ولكن يحل ويدل عليه ما اخرجه ابو داود في مراسيله عن عمرو بن شعيب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص للمراة ان تحد على زوجها حتى تنقضي عدتها وعلى من سواه ثلاثة ايام والحق ان الاستدلال بخبر حديث حفصه في صحيح مسلم انه صلى الله عليه وسلم قال لا يحل لامراة تومن بالله واليوم الاخر ان تحد على ميت فوق ثلاثة ايام الا على زوجها فانها تحد عليه اربعة اشهر وعشرا فان فيه تقريرا بالاخبار ويكون الحديث للدثور والمصنف محكوما بارادة الاخبار بوجود فعلا منه بطريق الحمل لظهور ارادته في حديث اخر ولم يحمل ان الاخبار الموجب للوجوب الاخبار بصدور الفعل بالنسبة الى المكلف اما بالنسبة الى ثبوته شرعا مثلا اذا كان احداد المراة تفعله افاد الوجوب لا اذا قال الاحداد ثابت شرعا فانه اعم ومن الادلة فيه حديث ام عطية في الصحيحين انه صلى الله عليه وسلم قال لا تحد امراة على ميت فوق ثلاث الا على زوج اربعة اشهر وعشرا ولا تلبس ثوبا مصبوغا الا ثوب عصب ولا تكتحل ولا تمس طيبا الا اذا طهرت نبذة من قسط او اظفار فقوله الا على زوج يقتضي ثبوت الحل والا كلام فيه وما قبل في تفصيل معنى ترك الاحداد الى النبذة بضم النون الشيء اليسير والقسط والاظفار نوعان من البخور رخص فيه في الغسل من الحيض في تطييب المحل وازالة كراهته وحديث ام سلمة في الصحيحين انها قالت جاءت امراة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان ابنتي توفي عنها زوجها وقد اشتكت عينها افنكحلها بضم الحاء فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا مرتين او ثلاثا كل ذلك يقول لا ثم قال انما هي اربعة اشهر وعشر وقد كانت احداكن في الجاهلية ترمي بالبعرة على راس الحول قالت زينب كانت المراة اذا توفي عنها زوجها دخلت حفشا ولبست شر ثيابها ولم تمس طيبا ولا شيئا حتى تمر سنة ثم تؤتى بدابة حمار او شاة او طاير فتفتض به فقل ما تفتض بشيء الا مات ثم تخرج فتعطى بعرة فترمي بها ثم تراجع بعد ما شاءت من طيب او غيره الحفش بكسر الحاء المهملة ثم فاء ثم شين معجمة البيت الصغير وقريب السقف حقير وتفتض بفاء ثم تاء مثناة من فوق معجمة قيل اي تكسر ما هي فيه من العدة مطايرا ونحوه لتمسح به قبلها وتنبذه ولا يجاد يعيش ما تفتض به



فهو من فضل الله عليها وقد فضل الله فاك وقيل الآنا بالغسل ليصير كالنفضة فهو منه والاول احسن **قوله**
وقال الشافعي رضه الله الاحداد على اي على الميتوته لانه اظهار التاسف وهو في الموت لصيره
على حجها الى الموت بخلاف ابتدائه لطلاقها ثلاثا فانه موجبها وخلعه لانها راغبة فيه لمكان سوالها
فلم في محل النزاع نص وهو ما روي عنه صلى الله عليه وسلم انه نهى المعتدة ان تختضب بالحنا وقال الحنا
طيب ذكره السرو وهي حديثا واحدا وعزاه للنسائي هكذا ولفظه نهى المعتدة عن الكحل والدهن والخضاب
بالحنا فال الحنا طيب والله اعلم به وجوز كونه في بعض كتبه واما جعله حديثين حديث طيب المتقدم
وحديث ابي داود عن ام حكيم بنت اسيد عن امها عن ام سلمة قالت قال لي رسول الله صلى الله
عليه وسلم وانا في عدتي من وفاة ابي سلمة لا تمتشطي بالطيب ولا بالحنا فانه خضاب قلت فباي شيء
امتشط يا رسول الله قال بالسدر تغلفين به راسك فمع الطعن في اسناده لا يفيد المقصود فانه على
معتدة في وفاة ولو سلم ثبت المطلوب بالقياس على عدة المتوفى عنها بجامع اظهار التاسف على فوات
نعمة النكاح وتقدم بتسليم ان ما عينه الشافعي مناسب معتبر في محل النص وهو المتوفى عنها زوجها
لكنه ليس هو المناسب المعتبر على الحصر بل في المحل ايضا اظهار التاسف على فوات نعمة النكاح التي هي
من اسباب النجاة في المعاد والدنيا فانه ضابط للحكمة المقصودة لفوات الزوج وكون الزينة
والطيب من مهيجات شهوة الجماع وهي ممنوعة عن النكاح شرعا في هذه المدة فتمتنع دواعيه
دفعا لما يدافع عن ادا الواجب وقد ذكر المصنف هذا المعنى ايضا عند قوله وفيه وجهان الى اخره
لكن ظاهر انه ذكره على انه علة اخرى والتحقيق انه حكمة لان المنضبط فوات ما قلنا بخلاف ما قصره
داعيه وكل من الامرين يستقل بالحكم فاذا وجد في محل ثبت معه ذلك الحكم ففي المبتوته ان فقد
التاسف على الزوج فاظهر وهو اظهار التاسف على فوات نعمة النكاح موجود ولو لم ما ذكر من ان
اظهار التاسف مطلقا ليس علة لانه ممنوع منه بقوله تعالى لكيلا تاسوا على ما فاتكم ولا تفرحوا بما اتاكم
فلا يكون الاحداد في المتوفى عنها منوطا به لزم نفي وجوبه تبعا للعدة بالنص ومعلولا بالاخر فقط
لكن منع بان المراد بقوله تعالى لكيلا تاسوا الاية الاسي مع الصياح والفرح مع الصياح نقل عن ابن
مسعود موقوفا ومرفوعا **قوله** والحداد ويقال الاحداد فمن الاول يقال حدت المراة تحد
من باب نصر ومن باب ضرب ايضا حدادا فهو حاد ومن الثاني يقال احدت تحد احدادا فهي محد
قوله ان تترك الطيب ولا تختضب عمله ولا تتحرف فيه وان لم يكن لها كسب الا فيه **قوله**
وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم تقدم **قوله** والدهن لا يعري عن نوع طيب اما في ذاته
او في الدهن به لما فيه من طيب تؤسه به وزينته وقد وقع للدريلي مخرج الاحاديث هنا وهم
وذلك انه جعل لفظة الدهن عطفا على الاكتحال فقال عن المصنف انه صلى الله عليه وسلم لم يأذن
في المعتدة في الاكتحال والدهن فخرج حديث منعه الاكتحال ثم قال واما الدهن فغريب وهو
سهو فان الدهن مبتدا خبره **قوله** لا يعري عن نوع طيب فاكتفه الحافا **قوله** قال
الامن عذر لان فيه ضرورة هذا مذهب جمهور الائمة وذهبت الظاهرية الى انها الاكتحال ولو من
وجع وعذر لما تقدم من الحديث الصحيح حيث كلمي نهيا موكدا عن الكحل الذي اشتكت عينها والجمهور
حملوه على انه لم يتحقق الخوف على عينها وكذا قال المصنف فان كان ذلك امرا ظاهرا يباح لها
ذلك لشهادة الكتاب والسنة على ذلك من حيث العمومات وقد مر في حديث ام حكيم بنت
اسيد عن امها ان زوجها توفي وكانت تشتكي بكحل الجلاء فارسلت مولاة لها الى ام سلمة تسالها
عن كحل الجلاء فقالت لا تكتحلي الا من امر لا بد منه تشتد عليك فتكتحلي بالليل وتمسحيه بالنهار
ثم قالت عند ذلك دخل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم حين توفي ابو سلمة وقد جعلت على صبرا
فقال ما هذا يا ام سلمة فقلت انما هي صبر يا رسول الله قال انه يشيب الوجه فلا تجعليه الا بالليل

وارتعيه بالنهار ولا تمتشطي بالطيب ولا بالحنا فانه خضاب الحديث رواه احمد وغيره لكن امها مجهولة
وتمتشط بإسنان المشط الواسعة الضيقة ذكره في المبسوط والطلقة الاية الثلاثة وقد ورد
في الحديث مطلقا وكونه بالضيقة تحصل معنى الزينة وهي ممنوعة منها وبالواسعة تحصل دفع الضرر
ممنوع بل قد يحتاج لاخراج الهوام لها الضيقة فهم كلما اراد به معنى الزينة واجمعوا على منع الادهان
الطيبة واختلفوا في غير المطيبة كالزيت والشيرج التحتيين والسمن فمنعناه نحن والشافعي لا
لضرورة تحصل الزينة به واجازه الامامان والظاهرية **قوله** لعذر كالحكة والقمل
والمرض وقال مالك يباح لها الحرير الاسود والحلي والمعنى المعقول من النص في منع المصبوغ بنيه
وقد صرح بمنع الحلي في الحديث على ما سنذكره ولم يستثن من المصبوغ في الحديث السابق الا المعصب
فشمل منع الاسود **قوله** لانه يقوح لبعض الناس بعيد انه اذا كان خلقا لا رائحة له يجوز في الخانية
قال الا اذا لم يكن لها ثوب الا المصبوغ فانه لا بأس به لضرورة ستر العورة لكن لا تفقد الزينة
وينبغي تقييده بقدر ما تستحدث ثوبا غيره اما بيعه والاستخلاف بثمنه او مرها ان كان لها
وروى مالك وابو داود والنسائي عن ام سلمة قالت قال النبي صلى الله عليه وسلم لا تلبس المتوفى
عنها زوجها المعصفر من الثياب ولا الممشقة ولا الحلي ولا تختضب ولا تكتحل هذا لفظ ابي داود
والمشق المغرة ولا تلبس المعصب عندنا واجاز الشافعي رقيقه وغليظه ومنع مالك رقيقه دون
غليظه واشكل الحنابلة فيه وفي تفسيره في الصحاح المعصب ضرب من برود اليمن يليسح ابيض
ثم يصبغ بعد ذلك وفي المغرب الصحيح انه نبت يصبغ به الشباب وفسرت في الحديث بازاء ثياب
من اليمن فيها بياض وسواد ويباح لها لبس الاسود عند الائمة الاربعة وعلله الظاهرية كالاحمر
والاخضر **قوله** ولا حداد على كافر ولا صغير ولا مجنونة خلافا للشافعي
ومالك لانه يجب لموت الزوج فيعم النساء كالعدة قلنا يجب الحداد عند فقد الزوج حقا من
حقوق الشرع ولهذا لو امرها الزوج بتركه لا يجوز لها تركه فلا يخاطب هؤلاء به ولهذا شرط الايمان
فيه حيث قال صلى الله عليه وسلم لا يحل لامراة تؤمن بالله واليوم الاخر الحديث فلم يكلفوا
عليهن تخلفا العدة قد يقال على كون النفس عن المحرمات الخامسة وعلى نفس المحرمات وعلى مضي المدة
ما اسلفناه بتحقيقه والعدة اللازمة لهن بكل من المفهومين الاخرين على معنى ان عند البينونة
بالموت والطلاق يثبت شرعا عدم صحة نكاحهن الى انقضاء مدة معينة فاذا باشر ولي
الصغيرة والمجنونة فيها لا يصح شرعا والخطاب للعباد فيه تكليفي بل هو من ربط المسببات
بالاسباب بخلاف منعها عن اللبس والطيب فانه فعلها الحسي محكوم بحرمته فلا يدفيه من خطاب
التكليف بخلاف الاول فانه محكوم بعدم صحته ولا يتوقف على خطاب التكليف فلو اكتحلت او
لبست المزعفر او اختضبت بانت لعدم التكليف به ثم قد ثبت على الكافرة في العدة خطاب
عدم التزوج بحق الزوج فان في العدة بهذا المعنى جهتان **قوله** وعلى الامة الحداد يعني
اذا كانت منكوحة في الوفاة والطلاق البائن وكذا المدبرة وام الولد والمكاتبة والمستسقاة
لثبوت العلة الموجبة لانها محاطبة بحقوق الله تعالى فيما ليس فيه ابطال حق المولى وليس
في الاحداد فوات حقه في الاستخدام بخلاف المنع من الخروج فانه لو لزم في العدة
ثبت ذلك فقلنا لا تمنع من الخروج في عدتها لئلا يفوت حقه في استخدامها وحق العبد
مقدم على حق الشرع بانه لغناه قال تعالى الا ما اضطررتم اليه فان قيل لو وجب الحداد
لعلة فوات نعمة النكاح لوجب بعد شرا المنكوحة فالجواب انها لم تفت لقيام الحل
والحل الكفاية غاية الامر انه ثبت على وجه احط من الحل الثابت بالعقد باعتبار شرف
النسب بلا دعوة في العقد بخلاف الملك ولا اثر لهذا القدر من الاحطية فان نعمة النكاح ليس فوات

موثر اعتبار ذلك القدر من الخصوصية بل باعتبار فوات ما فيها من انها سبب لصونها وكفاية مؤنتها
وهذا القدر لم يثبت فلا موجب للحداد وبهذا التقرير يندفع اشكال انه لا ينوب الادنى وهو هذا
الحل عن الاعلى والمعفو عنه بالتزام وجوب الحداد على الزوجة المتزاة الا انه لم يظهر لكونها حالا
حتى لو اعتدت ظهر فائته وعوي بلا دليل على بل دليل نفيه انه وجوب لا فايدة فيه لان لها الزينة
والطيب بعد شرائها والوجوب يستتبع الفايدة **قوله** وليس في عدة ام الولد اي عن وفاة
سيدها او اعتاقها حداد وكذا الموطوءة بشبهة والمنكوحة فاسدا لانهن ما فاتهن نعمة النكاح والاصل
الاباحة اي اباحة الزينة وهذا لان بالاعتاق يزول الرق الذي هو اثر الكفر فهو موضع السرور لا الاسف والنكاح
الفاسد والموطوءة بشبهة ظاهر واورد عليه انه فوات علة معينة وقدم المصنف للاحداد علة اخرى وهو
كون هذه الاشياء دواعي الرغبة وكل منها يستقل وهي موجودة هنا فينبغي ان يجب الحداد واجيب بان كونها
ممنوعتين عن النكاح حكم وجوب الحداد لا علته بل علته فوات نعمة النكاح وهو بيد ورمعه وجودا وعدما
لذا قيل وهو يا لضعف جدير وفي الهاية تلك حكمة لا علة لما ذكرنا من دوران وجوب الاحداد بفوات نعمة
النكاح والحكم يدور مع العلة لا الحكمة لما عرف في مسيلة الاستبرا **قوله** لا باس بالتعريض في الخطبة
اراد المتوفى عنها زوجها اذ التعريض لا يجوز في المطلقة بالاجماع فانه لا يجوز لها الخروج من منزلها اصلا فلا يتمكن
من التعريض على وجه يخفى على الناس ولا فايدة له لعدم العادة المطلق والتعريض ان يذكر شيئا يدل به على شيء لم يذكر
لورد ابن عباس في اخرج البخاري عنه قال لا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء او اكننتم في انفسكم
في اسراة صالحة وقال القاسم يقول انك على كريمة واني فيك لراغب وان الله لسايق اليك خيرا ونحو هذا
واخرج البيهقي عن سعيد بن جبير الا ان يقولوا قولا معروفا قال يقول اني فيك لراغب واني لارجو ان يجمع
وليس في هذا تصريح بالتزوج والنكاح ونحو انك لجميلة او صالحة ولا يصح بنكاحكم فلا يقول اني اريد
ان انكحك او اتزوجك وسيجيء الاية لا جناح عليكم فيما عرضتم به اي فيما ذكرتم لهن من الالفاظ الموهمة للارادة
ونحاجهن اذا لتنم اي اضمرتم في انفسكم فلم تنطقوا به تعريضا ولا تقصدوا بما علم الله انكم ستذكرونهن فاذكروهن
ولكن لا تواعدوهن سرا اي نكاحا فلا تقولوا اريد ان اتزوجك وسمي النكاح سرا لانه سبب السر الذي
هو الوطي فانه مما يسر وحديث السر النكاح المذكور في الكتاب غريب الا ان تقولوا قولا معروفا
فالاستثناء متعلق لا تواعدوهن وهو منقطع لان القول المعروف ليس داخلا في السر والاستدلال
متعلق بالمحذوف الذي ابرزناه صورته وهو فاذكروهن والله اعلم **قوله** وبعض الليل كله
من التعليق **قوله** وقد يمتد الى ان يهجم الليل وقد روي المتوفى عنها لا باس ان تغيب عن بيتها
اقل من نصف الليل قال الحلواني هذه الرواية صحيحة لانها لم تحرم عليها البيتوتة في غير منزلها والبيتوتة
هي الكينونة في الليل تقله في الكانه وقدم قبله ما ينفي اختيار صحتها وهو قوله لان نفقتها
عليها وعسى لا تجد من يكفيها مؤنتها الى الخروج لنفقتها غير ان امر المعاش يكون بالنهار عادة دون الليالي
انتهى ويعرف من التعليل ايضا انها اذا فقدت كفايتها المطلقة فلا يحل لها ان تخرج لزيارة ونحوها ليلا
ولانها ارادت بالحاصل ان مدار الحل لكون عيشها بسبب قيام بشغل المعيشة فتقدر فيما تقضت
حاجتها لا يحل لها بعد ذلك صرف الزمان خارج بيتها **قوله** اما المطلقة فلقوله تعالى لا تخرجوهن
من بيوتهن الاية ولا يخرجن الاية استثنى على نفي الازواج عن اخراجهن عصيانا عليهن وكراهة لمساكنتهن
او لحاجتهن الى المساكن وعلى نهي المطلقات عن الخروج ونهيهن ابلغ لانه اوقع بلفظ الخبر الا ان
يأتين بفاحشة مبينة قيل الفاحشة نفس الخروج قاله النخعي وبه اخذ ابو حنيفة وقيل الزنى
فيخرجن لاقامة الحد عليهن وهو قول ابن مسعود وبه اخذ ابو يوسف وقال ابن عباس الفاحشة
نشوزها وان تكون بذية اللسان على احمائها وهو قول ابن مسعود اظهر من جهة وضع اللفظ لان الا
ان غاية والشيء لا يكون غاية لنفسه وما قاله النخعي ابدع واعذب في الكلام كما يقال في الخطابيات

لا ترى الا ان تكون فاسقا ولا تشتم امك الا ان تكون قاطع رحم وبخس وهو بديع بليغ جدا يخرج اظهر
عذوبته عن عرضنا **قوله** حتى لو اضلعت على نفقة عدتها قبل لخروجها نهارا لانها قد تحتاج فالتنوين
عوض قبل لا يباح لها الخروج لانها التي ابطلت النفقة فلا يصح هذا الاحتياط وبه اخذ علي وبه كان ينتي
الصدر الشهيد وصححه في جامع قاضي خان وهذا كما لو اختلعت على ان لا سكنى لها فان مؤنة السكنى
تبطل عن الزوج ويلزمها ان تكتري بيت الزوج واما ان يحل لها الخروج فلا ولحق ان على المفتي ان ينظر
في خصوص الوقايع فان علم في واقعة عجز هذه المختلعة عن المعيشة ان لم تخرج افتاها بالحل وان علم
قدرتها افتاها بالحرمة **قوله** وهذا اي كون البيت المضاف اليها هو الذي تسكنه لو زارت اهلها
والزوج سوا ولا فطلقها كان عليها ان تعود الى منزلها ذلك مقتضى **قوله** وقال صلى الله عليه وسلم تابيد
الاستدلال بالكتاب بان قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم قد ثبت بها وفق ما قلنا انه مدلول الكتاب
وهو ما اخرج اصحاب السنن الاربعة عن سعيد ابن اسحق بن كعب بن عجرة عن عمته زينب بنت كعب
عن فريعة بنت مالك ابن سنان وهي اخت ابي سعيد الخدري انها جاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم
تسأله ان ترجع الى اهلها في بني خدرة وان زوجها خرج في طلب اعبد له ابقوا حتى اذا كان بطرف
القدوم لحقهم فقتلوه قالت فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ارجع الى اهلي فان زوجي لم
يترك لي مسكنا يملكه ولا نفقة فقال نعم فانصرفت حتى اذا كنت في الحجرة او في المسجد ناداني رسول الله صلى الله عليه وسلم او امر بي فنوديت فقال كيف قلت قالت
فرددت عليه القصة التي ذكرت له من شان زوجي قال امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب اجله
قالت فاعتددت فيه اربعة اشهر وعشرا فلما كان عثمان ارسل الي فسألني عن ذلك فاخبرته
فاتبعه انتهى ورواه مالك في الموطا وابن حبان في صحيحه واصله عند الحاكم عن اسحاق بن سعيد
بن كعب بن عجرة حدثتني زينب به قال الحاكم هذا حديث صحيح الاسناد من الوجهين جميعا ولم
يخرجاه قال محمد بن يحيى الذهلي هو حديث صحيح محفوظ وهاتان سعيد بن اسحاق وهو اشهر من
واسحاق ابن سعد ابن كعب وقد روى عنه جميعا يحيى ابن سعيد الانصاري وقد ارتفعت عنه
الجهالة انتهى وقول ابن حزم زينب بنت كعب مجهولة لم يرو حديثها غير سعيد بن اسحاق وهو غير
مشهور بالعدالة دفعه ابن القطان بان الحديث صحيح فان سعيد ابن اسحق ثقة وممن وثقه
النسائي وزينب كذلك ثقة وقال الترمذي حديث صحيح وفي تصحيحه نوع نظر لان الثقة
الاثبت روى عنه الواحد وقد قال ابن عبد البر انه حديث مشهور توجب اعتباره والعمل به واما ما روى
الدارقطني انه صلى الله عليه وسلم امر المتوفى زوجها عنها ان تعتد حيث شاءت فقال فيه لم يسنده غير ابن
مالك النخعي وهو ضعيف وقال ابن القطان ومحبوب ابن حرز ايضا ضعيف وعطاء بن السيب مخلط
وابو بكر ابن مالك اضعفهم فلذلك اعله الدارقطني به وذكر الجمع اصوب لاحتمال ان تكون الحكاية
من غيره انتهى كلامه **قوله** وصار كما اذا خافت على متاعها اللصوص لما اخره اي فانما تخرج لانه عذر
واذا خرجت الى منزل للعذر صار الثاني كالاول فلا تخرج عنه الا لعذر وتعيين الموضع الذي تنتقل
اليه في عدة الطلاق الى الزوج وفي عدة الوفاة الى الانها مستبدة في امر السكنى حتى ان اجرة
المنزل ان كان باجر عليها وعليها ان تسكن فيه الا ان تجد الكري وتجد ما هو بلا كراء فلها ان تحول
اليه ولذا في الزوج الغايب وتخرج العدة الى صحن الدار التي في منازل الاعراب لانه كالخروج الى
السكة ولهذا يقطع السارق باخراج المتاع اليه فان لم يكن في الدار منازل بل بيوت جاز لها الخروج
الى صحنها ولا تضر به خارجه من الدار وتبيت في اي بيت شاءت منها **قوله** ثم لا بد من ستوة
بينهما يعني اذا لم يكن للزوج الا بيت واحد كيلا يقع الخلوة بالاجنبية ولذا هذا في الوفاة اذا كان
من ورثته من ليس بمحرم لها ثم لا باس بالسكنى بعد اتحاد الحجاب التقا بالحايل واما التي يملك الزوج

يستقد الحرمة فلا يقدم على المحرم الا ان يكون فاستحسن يخرج لا لعذر والاولى ان يخرج هو ولذا في
كل موضع يتحقق عذر يبيح الخروج الاولى ان يخرج هو ولعل المراد انه ارجح فيجب الحكم به كما يقال اذا تعارض
محرم ومبيح ترجح المحرم او فالمحرم اولى هو مراد ما قلنا وهذا لانهم عللوا او لوية خروجه بان مكثه واجب
لامكثه ومتى انتقلت فتعين المكان اليه **قوله** واذا خرجت المراة مع زوجها الى مكة او غيرها
المقصود اذا سافرا معا ظاهرا فاما رجعيا واما بائنا في الرجعي تتبع زوجها حيث مضى لان النكاح قائم وان
كان بائنا او مات او مات عنها وبينه وبين كل من مصرها ومقصدها اقل من السفر فان شاءت مضت
الى المقصد وان شاءت رجعت سواء كانت في مصر او محرم او لا لانه ليس في ذلك انشاء سفر
وخروج المطلقة والمتوفى عنها زوجها دون السفر مباح اذا مست الحاجة اليه بمحرم وبغيره الا ان
الرجوع اولى ليكون الاعتداد في منزل الزوج كذا في الدراية واطلاق المصنف يقتضي انه اذا كان
بينها وبين مصرها اقل من مدة السفر رجعت سواء كان بينها وبين مقصدها سفرا ودونه اما ان كان مدة
سفر فظاهر لان المضي الى مقصدها سفر والرجوع ليس بسفر واما ان كان ما دونها فترجع ايضا لانها كما رجعت
تصير متممة واذا مضت تكون مسافرة ما لم تصل الى المقصد فاذا قدرت على الامتناع من استدامة السفر
في العود تعين عليها ذلك كذا في الهداية وهو واضح **قوله** واذا كان الى المقصد ثلاثة ايام فصاعدا فاذا
كان دونها الى المقصد لا تخيير بل يتعين عليها الذهاب الى المقصد **قوله** الا ان يكون استثناء من قوله
ان شاءت رجعت وان شاءت مضت اي في جميع الاحوال الا في حال يكون طلقها او مات عنها في مصرها فانها
لا تخيير بل يتعين عليها ان تعتد فيه عند ابي حنيفة سواء كان معها محرم اولا وحاصل وجوه المسئلة اما
ان يكون بينها وبين مصرها ومقصدها اقل من السفر فتخيير والاولى الرجوع على ما في الكافي وعلى ما في الهداية
وغيرها يتعين الرجوع اوكان احدهما سفرا والاخر دونه فتختار ما دونه لانها باختيارها مقابله مشيه
سفرا دون اختياره فان كان كل منهما سفرا فلا يخلو اما ان تكون في مغازة او مصر فان كانت في مغازة
فان شاءت مضت وان شاءت رجعت لمحرم اولا لان ما يخاف عليها في ذلك المكان اشد مما يخاف عليها
في الخروج والاولى ان تختار الرجوع وان كانت في مصر لم تخرج بغير محرم لان ما يخاف في السفر بغير محرم
اعظم مما يخاف عليها في المصر فكان المكث في المصر اولى بخلاف المغازة فان كان معها محرم لم تخرج
عند ابي حنيفة في العود وقالا تخرج وهو قول ابي حنيفة اولا وقوله الاخر ظهر لها انها في غير منزلها
فلا ان تخرج لمحرم كما لو كانت في غير المصر وهذا لان اصل الخروج مطلق لها اجماعا لما يلحقها من ضرر الغربة
ووحشة الانفراد حتى قلنا لها ان تخرج الى ما دون السفر بلا محرم فاذا ابطل معنى السفر بالمحرم بقي
مجرد الخروج وهو مطلق لمكان الغربة بودي وكان قاسبه المغازة وله ان تاثير العدة في المنع من
الخروج اقوى من تاثير عدم المحرم في المنع من السفر فالعدة اولى دما دون السفر انما يبيح مع قيام العدة
باعتبار انه ليس بخروج لانه بناء على الخروج الاول والاصل الخروج مباح وهو هنا منتشئ للخروج
باعتبار السفر فيتناول له التحريم واذا تناوله لم يسقط بالمحرم لانه لا تنتفع به عرمة الخروج بسبب
العدة وفي البدايع لو كانت الجهتان مدة سفر لمضت او رجعت وبلغت ادنى المواضع التي تصلح
للاقامة اقامت فيه واعتدت ان لم تجد محرما بالاتفاق وكذا ان وجدت عند ابي حنيفة ومثله في
المحيط وفيه البدوي طلق امراته فاراد نقلها الى مكان اخر في الكلاء اما ان لم تتضرر بتركها في ذلك
الموضع في نفسه او ماله ليس له ذلك وان تضررت فله ذلك اذ الضرورات تبيح المحظورات والله سبحانه
اعلم

باب ثبوت النسب

اعقبه العدة لان مما وجبت له العدة تعرف
حال الرحم من الحمل فيثبت نسبه وتثبت مواجبه وعدمه فينصرف كل عن الاخر في الحال اي في حال
معرفة عدم الحمل على وجه الاحتياط وذلك عند تمام العدة **قوله** ومن قال ان تزوجت فلانة او امراة
فهي طالق فتزوج فجاءت بولد لستة اشهر من يوم تزوجها لاقل الحمل واكثر فهو ابنه وعليه المهر بريد من وقت

تزوجها لانه قرن اليوم بفعل لا يمتد وقد نبه المصنف على هذه الارادة لانه لما علل ثبوت نسبه بانها
فراشه قال في اثبات كونها فراشا لانها لما جاءت به لستة اشهر من وقت النكاح ولم يقل
من يوم النكاح فافاد ان المراد بلفظ اليوم الوقت وهذا لان الطلاق جزاء الشرط فيتاخر
عنه لا برهان وان لطف كما قيل لانه لا تخلل بينهما ان خال بل او اتت تعتد وجود الشرط
يثبت فيه الجزاء من غير افتقار الى تحقق زمان يسع التلفظ بانت طالق كما حققناه في الطلاق
لانه ثبوت حكمي واذن فيكون العلوق مقارنا للنكاح فيثبت النسب وتصور العلوق مقارنا
للنكاح ثابت بان تزوجها وهو فاطر وسمع الناس كلامها فوافق الانزال النكاح والاحسن تجويز
انها وكلاه فباشر الوكيل وهما كذلك فوافق عقده الانزال وحاصله ان الثبوت يتوقف على الفراش
وهو يثبت مقارنا للنكاح المقارن للعلوق فتعلق وهو فراش فيثبت نسبه وقد بقي
الفراشية اثر النكاح اعني العقد فيتعقبه فيلزم سبق العلوق على الفراش ثم اذا فسد الفراش
بالعقد كما عن الكرخي وهو خلاف تفسيرهم السابق له في فصل المحرمات تكون المراة بحيث يثبت
نسب الولد منها اذا جاءت به فان هذا الكون انما يثبت بعد العقد الا ان قلنا ان العلوق مع المعلول
في الخارج وكلامهم ليس عليه وتحرير قاضي خان ان العلوق يكون بعد تمام النكاح مقارنا للطلاق قبل
الدخول فيكون حاصلا قبل زوال الفراش فيثبت النسب يعني ان زوال الفراش بعد الطلاق قبل الدخول
انما منه لان زوال اثره وما يتلو معتقاه ان تكون جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت النكاح اذ لا بد
من كون مدة الحمل ستة اشهر وقد عين الثبوت لنسبه الا يكون اكثر من سنة اشهر من النكاح ولا
اقل لانا نقول انما لم يثبتوه في الاقل لان العلوق حينئذ من زوج قبل النكاح واما في الزيادة
فلاحتمال حدوثه بعد الطلاق وهو منتف هنا لانه لم يزد على ما بعد الطلاق بابسع وطيا
بالفرض فيجب استثناء هذا القدر وجب تقديره كذلك ولا تخفى ان تفهيم النسب فيما اذا جاءت
به اكثر من ستة اشهر في مدة يتصور ان يكون منه وهو سنتان والامر واجب للصرف عنه
بناء في الاحتياط في اثباته واحتمال كونه حدث بعد الطلاق فيما اذا جاءت به لستة
اشهر ويوم في غاية البعد فان العادة المستمرة كون الحمل اكثر منها وربما يمضي دهور لم
يسمع فيها ولادة لستة اشهر فكان الظاهر عدم حدوثه وحدوثه احتمال فاي احتياط
في اثبات النسب اذا نفينا احتمالا ضعيفا يقتضي نفيه وتركنا ظاهرا يقتضي ثبوته
وليت شعري اي الاحتمالين ابعد الاحتمال الذي فرضوه لتصور العلوق منه ليثبتوا النسب
وهو كونه تزوجها وهو بطاها وسمع كلامها الناس وهما على تلك الحالة ثم وافق الانزال
العقد او الاحتمال كون الحمل اذا زاد على ستة اشهر بيوم يكون من غيره والاستبعاد هذا
الغرض قال بعض المشايخ لا حاجة الى هذا التكلف بل قيام الفراش كاف ويعتبر امكان الدخول
بل النكاح قائم مقامه كما في تزوج المشرقي بمغربية والحق ان التصور شرط ولذا لو جاءت
امراة الصبي بولد لا يثبت نسبه والتصور ثابت في المغربية لثبوت كرامات الاولياء
والاستحالات فيكون ماهب خطوة اوحى واما لزوم المهر كاملا فلانه لثبوت
النسب منه حيلا واهلا حكما فعليه المهر دما قبل الدخول يلزم من ثبوت النسب منه وطء
لان الحبل قد يكون بادخال الماء العنين ودون جماع فنادر والوجه الظاهر هو المعتاد
وفي الهداية وفي القياس وهو رواية ابي يوسف مهر ونصف اما النصف فللطلاق قبل
الدخول واما المهر فللدخول انتهى وعبارة ابي يوسف في الامالي على ما نقله الفقيه ابو الليث
ينبغي في القياس ان يجب على الزوج مهر ونصف لانه قد وقع الطلاق عليها فوجب نصف
المهر ومهر اخر بالدخول قال ح ان ابا حنيفة استحسن وقال يجب الامهر واحد لانا

جعلناه بمنزلة الدخول من طريق الحكم فتاكد ذلك الصداق واشتبه وجوب الزيادة انتهى وهذه
العبارة للتامل لا توجب قوله يلزم مهر ونصف بل ظاهره في نفيه ذلك لان الاستحسان معدل
على القياس فلا تشوع الرواية عنه بذلك وانما اشتبه وجوب الزيادة لانها مبنية على وقوع الطلاق
قبل الدخول والحكم بذلك والا لم يثبت النسب لان الوطي حينئذ غير عصمة ولا عدة بل بحكم
بانه مقارن له او للنكاح فاقل الامر كونه قبله او لاشتبه وذلك صغير به في قوله فاكد المهر
به لثبوت النسب واعلم انه اذا كان الاصح في ثبوت هذا النسب امكان الدخول وتصور لبس الابعاد
وكون تزوجها حال وطيها المبتداء به قبل التزوج وقد حكم فيه بمهر واحد في صريح الرواية يلزم كون ما ذكر
مطلقا ومنسيا وقدمناه في باب المهر من انه لو تزوجها في حال ما يطا وهما عليه مهران مهر بالزنى لسقوط
الحد بالتزوج قبل قيامه ومهر بالنكاح لان هذا اكثر من الخلوة ولا يصير به محصنا مكملا لمخالفته تصحيح
المذهب وايضا الفعل واحد وقد اتصف بشبهة الحل فيجب مهر واحد به بخلاف ما لو قال ان تزوجتك
فانت طالق والتي تزوجها ووطيها حيث يجب مهر ونصف لان الطلاق قبل الوطي اما هنا الطلاق مع الوطي
الحلال في الفعل متحد فصار الفعل كله له شبهة الحل وقد وجب المهر فلا يجب عنين وفي شرح ابن البسر
قال ان تزوجتها فهي طالق ثلاثا فتزوجها ودخل بها ينبغي الا يجب على الحد ويجب مهر المثل وقالوا
يجب عليها قال قد كنت اقتيت بالوجوب على الحالف وهو الظاهر من مذهب اصحابنا من مال اليه
لم يكن مخطيا ولوجبات بولد ورثه منصوص عن اصحابنا وان حرمت عليه بالثلاث فلا بين بنكاح
ولا عدة ولكن لما كان فضلا يجتهد فيه لم ينقطع النسب **قوله** ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية
اذا جاءت به لستين او اكثر ولو بعد بن سنة او اكثر ما لم تقر بانقضاء عدتها فان اقرت بانقضائها
والمرة تحتمله بان تكون ستين يوما على قول ابي حنيفة واسعة وثلاثين يوما على قولهما ثم جاءت بولد
لا يثبت نسبه الا اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار فانه يثبت نسبه للتيقن بقيام
الحمل وقت الاقرار فيظهر كذبها وكذا هذا في المطلقة البائنة والمتوفى عنها اذا ادعت بعد الاربعة
اشهر وعشر انقضاءها ثم جاءت بولد لتمام ستة اشهر لا يثبت نسبه من الميت وان جاءت به
لاقل منها ثبت نسبه منه اما ثبوت نسب ولد الرجعية اذا جاءت به لاقل من ستين فظاهر واما
ثبوته اذا جاءت به لاكثر منها فلاحتمال الحمل وقت الطلاق في عدة الرجعي لانتفاء الحكم بزناها او بوطيها بشبهة
بجواز كونها معتدة الطهر فان امتد الى ما قبل ستين من مجيئها به او اقل ثم وطيها فحبلت وعن هذا
حكمنا بانها اذا جاءت به لاكثر من ستين تكون زوجة بالرجعة الكائنة بالوطي في العدة للمطلقة
الرجعية بخلاف ما اذا جاءت به لاقل من ستين لا يثبت رجعتها وان العلوق يحتمل انه كان في
العصمة كما يحتمل انه كان في العدة والحالة الحادثة لها اقرب الاوقات اذ لم يعارضه ظاهر
آخر والظاهر الوطي في العصمة لا العدة لانه هو المعتاد وما قضت به العادة ارجح من اضافة
الحادث الى الزمن القريب مع ما فيه من مخالفة السنة في الرجعة ومخالفة العادة ايضا وفي
اذ عناد الناس في الرجعة ان يراجعوا بالفعل فان قيل هذا احتمال آخر وهو كونها تزوجت
وجاءت به من الزوج الآخر قلنا العرض انها لم تنكح اقرت بانقضاء العدة وما لم تقر بذلك ولم يظهر
تزوجها والظاهر انها في العدة وان فيه انشاء نكاح وابقاء الاول اسهل واخف **قوله**
والمبتوته يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لاقل من ستين لانه يحوز كون الحمل كما قبل الطلاق
فيثبت النسب وان جاءت به لتمام ستين من وقت التزوج لم يثبت نسبه لتيقن العلوق
بعد البينونة ووطيه بعد البينونة حرام قيل ان هذه الرواية مخالفة لرواية الايضاح
وشرح الطحاوي والاقطع والرواية التي تجي بعد هذا في الكتاب ايضا وهي قوله واكثر مدة
الحمل سنتان فان فيها الحقت السنتان باقل من السنتين حتى اثبتوا النسب اذا جاءت به

لتمام سنتين وان لفظ الحديث يؤيد صحة تلك الروايات واما قوله ان لفظ الحديث الى آخره فليس
بصحيح لان حاصله انه لا يمكث الولد في البطن اكثر من سنتين وهذا لا ينفي انه اذا جاءت به لتمام سنتين
من الطلاق ان يثبت نسبه الا اذا كان العلوق حال قيام الفراش والوجه ان يحمل على تقدير قاضي
خان المتقدم من انه يحمل العلوق في حال الطلاق لانه حينئذ قبل زواله بالفراش **قوله** الا
ان يدعيه استثناء من قوله لم يثبت نسبه وهو متفرع للتعليق ان لم يثبت في حال الا في الحال التي هي
دعواه لانه التزمه وله وجه وهو كون وطيء بشبهة في العدة وهل يشترط تصديق المراة فيه
روايتان والاوجه انه لا يشترط لانه ممكن منه وقد ادعاه ولا معارض ولهذا لم يذكر الاشتراط
في رواية الامام السرخسي في المبسوط والبيهقي في الشامل وذلك ظاهر في ضعفها وعدها بها
واعترض بان هذا مناقضة لما في كتاب الحدود من ان النسب لا يثبت من البائنة بالوطي في العدة وفي
التبيين ان المبتوته بالثلاث اذا وطيء الزوج بشبهة كانت شبهة الفعل وفيها لا يثبت النسب
وان ادعاه وقع عليه في كتاب الحدود واجيب بحمل المذكور هناك على المطلقة ثلاثا والمطلقة على مال ويحمل
المذكور هنا على المبتوته بالكنايات فيندفع التناقض وليس بشيء لان المذكور هناك اذا لم يدع شبهة
والمذكور هنا محمول على كونه وطيا بشبهة والمعتدة عن ثلاث لا تكون ابعد من الاجنبية بالكلية والنسب
يثبت بوطيء بشبهة فكيف بالمعتدة فيجب الجمع ملا بان ينال ينبغي ان يصح بدعوى الشبهة المقبولة
غير مجرد شبهة الفعل لان المذكور في الحدود عدم ثبوت النسب اذا وطيء المطلقة ثلاثا اذا جاءت
به مطلقا فيثبت عنده فيجب الا يشتغل عنه الا اذا ادعى الشبهة التي هي غير مجرد ظن الحل والمذكور
في الكتاب لم يشترط ذلك بل افاد ثبوت نسبه بمجرد دعواه غير ان توجيه ذلك ان امكان صحته يكون
الوطي بشبهة والوجه انه لا يشترط غير دعواه لانه لم يشترط في الكتاب سواه ثم يحمل على ثبوت
الشبهة التي هي غير مجرد ظن الحل ثم اذا لم يثبت نسبه فيما اذا جاءت به لاكثر من ستين حكم بانقضاء
عدتها قبل ولادتها بستة اشهر عند ابي حنيفة ومحمد وهو رواية بشر عن ابي يوسف فيجب
ان ترد نفقته ستة اشهر وقال ابو يوسف لا تنقضي الا بوضع الحمل وقد ذكرناه ولا بد منها
ردشي لها ان الولد من غيره والظاهر انه من نكاح صحيح دون الزنى والوطي بشبهة واقل مدة
الحمل ستة اشهر فحكمنا بانقضاء العدة من ذلك الوقت وحينئذ اخذت ما استحقته انها منقضية
العدة فترده وابو يوسف يقول هي في العدة ولذا لا تتزوج بغيره قبل وضعه فكانها وطيت بشبهة
ولوجبات المبتوته بولدين احدهما لاقل من ستين والآخر لاكثر من ستين ثبت نسبهما عند ابي
حنيفة وابي يوسف اعتبارا بمن باع جارية فجاءت بولد احدهما لاقل من ستة اشهر والآخر لاكثر
فادعاهما البايع يثبت نسبهما وينتفي البيع وعند محمد لا يثبت لان الثاني من علوق حادث بعد
الابانة فيتبعه الا ولا نهما توءمان قيل هو الصواب وليس ولد الجارية نظيرا لان الولد الثاني
يجوز كونه حدث على ملك البايع قبل بيعه بخلاف الولد الثاني في المبتوته ولو خرج بعضه لاقل من
ستين وباقيه لاكثر من الستين لا يلزمه حتى يكون الخارج لاقل من ستين نصف بدنه او يخرج
من قبل الرجلين اكثر البدن لاقل والياته لاكثر ذكره محمد وفي شرح التكملة تزوج امة ووطيء بها
ثم طلقها واحدة يلزمه ولدها ان جاءت به لاقل من ستة اشهر ولا يلزمه ان جاءت به لستة اشهر
فصاعدا لانه ولد النكاح في الاول وفي الثاني يضاف الى ملك اليمين لان وطيء حلال ولا يلزمه الا بالدعوة
ولا فرق بين ان تكون الطلقة بائنة او رجعية ان طلقها ثنتين ثبت نسبه الى سنتين لان وطيها
يحل بملك اليمين فكان الولد من النكاح ولا يخفى ان معنى المسئلة طلقها ثم ملكها والا لم يتصور وطيء بملك
اليمين واعلم ان ثبوت النسب فيما ذكر من ولد المطلقة الرجعية والبائنة مقيد باحد امور ان يكون
هناك اما شهادة بالولادة او اعتراف من الزوج بالحبل او حبل ظاهر كما سيجيء عن قريب **قوله**

فان كانت المبتوته صغيرة بجامع شهلليا اخره قيل هو مستدرك لان الحبل دليل انه بجامع شهلا ومنع ليس بشئ لانه ان كان باعتبار ان للحبل يكون بالاجماع فلا شك انه لا يكون الا بالبلوغ وبعيد ان لا تحتمل البالغة للجماع وحاصل المسئلة ان الصغيرة اذا طلقت فاما قبل الدخول او بعده فان كان قبله فجات بولد لاقل من ستة اشهر ثبت نسبه للتيقن بقيامه قبل الطلاق وان كانت به لاكثر من ستة اشهر لا تثبت لان العرض الاعدة عليا وما جات به لا يستلزم كونه قبل الطلاق ليلزم العدة بناء على الحكم بالدخول للحكم بالعلوق قبل الطلاق وان طلقها بعد الدخول فاما ان اقرت بانقضاء العدة بعد ولادة اشهد اولم تقر فان اقرت ثم جات بولد لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار ثبت نسبه وان جات به لستة اشهر او اكثر لم يثبت النسب لانقضاء العدة باقرارها وما جات به لا يلزم كونه قبلها لينتفي بكذبها وان لم تقر بانقضائها ولم تدع حبلا فعند ابي حنيفة ومحمد ان جات به لاقل من تسعة اشهر من وقت الطلاق ثبت نسبه والا فلا وعند ابي يوسف يثبت لسنتين في الطلاق البائن ولسبعة وعشرين شهرا في الرجعي لاحتمال انه وطيء في اخر عدتها الثلاثة الاشهر فعلقت سنتين وان كانت العدة حبلا في الكبيرة من حيث انها لا تنقضي عدتها على اقل من تسعة اشهر لا مطلقا فان الكبيرة يثبت نسب ولدها في الطلاق الرجعي لاكثر من سنتين وان طالت لياس لجواز امتداد طهرها ووطيه اياها في اخر الطهر وجه قول ابي يوسف انها تحتمل كونها حاملا لغرض انها في سن يجوز فيه بلوغها لانه فرض المسئلة ولم تقر بانقضاء عدتها فاشبهت الكبيرة في احتمال حدوث العلوق ساعة فساعة فيثبت نسب ما تاتي به لسنتين واعلم ان قياس ما قدمه في الكبيرة المبتوتة من انها اذا جات به لتمام سنتين لا تثبت ان يقول لسنتين الا قل من سنتين عندهما وجه قولها وهو الفرق بان لا تنقضي عدة الصغيرة جهة واحدة في الشرع فصح الحكم بالشرع بالانقضاء وهو في الدلالة فوق اقرارها بالانقضاء لانه لا يحتمل الخلف وعدم المطابقة بخلاف اقرارها فانه يحتمل الامرين بحمل انقضائها وهي منزلة اقرارها ولو اقرت بانقضاء بعد الاشهر الثلاثة ثم جات به لاكثر من ستة اشهر اولسته لا تثبت فكذلك هنا فلزم ان لا تثبت حتى تاتي به لاقل من تسعة اشهر اما اذا كانت الصغيرة ادعت الحبل بعد العدة فالجواب فيها كالكبيرة لان باقرارها بالحبل حكم ببلوغها **قوله** ويثبت نسب المتوفى عنها ما بين وفاة زوجها وبين سنتين وقال زفر اذا جات به بعد انقضاء عدة الوفاة لاقل من ستة اشهر ثبت وستة اشهر لا تثبت فوجهه كوجههما في الصغيرة وهو ان لعدتها جهة واحدة هي انقضاء اربعة اشهر وعشر فاذا لم يتبين قبلا بالحبل فقد حكم الشرع بانقضائها فاذا جات بالولد بعدها لتمام ستة اشهر او اكثر لا يثبت نسبه بخلاف ما اذا جات به لاقل مما عرف ويمنع تغير الجهة الواحدة في حقها بل الحامل من الجهتين بخلاف الصغيرة لان الاصل عدم الحمل فتستمر ما لم تعترف بالحمل **قوله** واذا اعترفت ظاهرا تقدمت عبارتها وانما لم تثبت اذا اتت به لاكثر من ستة اشهر من وقت الاقرار وان كانت المدة تحتمل كون الحمل من الزوج لانها ممنوعة شرعا في اخبارها عن عدتها فاذا اخبرت لزم ان لا تخفف الحلال قطعا وقوله وهذا اللفظ بالطلاقه كما معتدة لعدم التفصيل في المعتدة عن الطلاق وفاة وما يشمل ايضا الايسة اذا ولدت بعد الرجعي او البائن فمفهوم كذا ذوات الاقراء تثبت فيما ما تاتي به لاقل من سنتين في البائن والكثر منها في الرجعي ما لم تقر بانقضاء العدة فان اقرت بانقضائها مفسرا بثلاثة اشهر او مطلقا في من تصلح لذلك ثم اقرت ثم ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار ثبت النسب والا فلا لان مطلق اقرارها محمل على الاقرار المتطاول لياس هذا او المنصوص عليه في قنادي وامي خان ان الايسة تعتد بالاشهر اذا ولدت يثبت ولدها في الطلاق لاقل من سنتين اقرت بانقضاء العدة اولم تقر وكذا نقل عن المرغيناني **قوله** واذا ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسبه عند ابي حنيفة الا ان يشهد بولادتها رجلان او رجل وامراتان او يعلم اعتراف من الزوج بالولادة او يكون الحبل ظاهرا فيثبت النسب بلا شهادة والاطلاق المصنف يشمل المعتدة عن وفاة او عن

طلاق بائن او رجعي فيوافق تصريح قاضي خان وفخر الاسلام بجريان الخلاف في الرجعي وشمس الائمة فيه صورة المسئلة بان يكون الطلاق بائنا فقال لو ان رجلا طلق امراته ثلاثا او طلقها بائنة ثم جات بولد بعد الطلاق لستتين او اقل وشهدت امراة على الولادة والزوج ينكر الولادة والحبل لم يلزمه النسب في قول ابي حنيفة ما لم يشهد رجلان او رجل وامراتان ونحوه قول صاحب المختلف حيث قال شهادة القابلة على الولادة لا تقبل الا بموید له قوله حتى ان المعتدة عن الوفاة اذا كذبها الورثة في الولادة وفي الطلاق البائن اذا كذبها الزوج صح لما ذكره واستشهد على قبول انكار الزوج وكذا الورثة انكار الولادة والحبل من الورثة فعندهما يثبت بشهادة امراة حرة عدلة ويرث بذلك وتشترط لفظة الشهادة على قولها عند شاخ خراسان لانها موجبة حقا على الغير ولا يشترط عند العراقيين قياسا على العدد وقوله في جميع ذلك اي فيما اذا كان حبل ظاهرا او اعتراف من الزوج او دخل قبل شهادة رجل واحد عندهما قبل ثم ولا يفسق كما لو شهد رجلان او رجل وامراتان وفي جامع قاضي خان وعلى هذا الخلاف كل ما لا يطلع عليه الرجال واجمع علما وناعلى انه يقضى بالنسب بشهادة الواحدة عند قيام النكاح وحقيقة الحال انه يثبت تعيين الولد بهذه الشهادة والنسب بقيام الفراش واذا تقرر ان النكاح بعد الرجعي قائم من كل وجه يتجه تقييد الخلاف بالبائن كما نقله شمس الائمة ويكون الرجعي كالعصمة القائمة حتى حل الوطئ ووجوبه والخلاف انما هو بعد الموت وبالطلاق البائن وبقولها قال احمد وعند الشافعي يشترط اربع نسوة عدول عند مالك وابن ابي ليلى امراتان ووجه قولها ان الفراش قائم بقيام العدة وهو اي الفراش ملزوم للنسب فيما ياتي به كما قبل الطلاق والحاجة الى شهادة المراة تعيين الولد فيتعين شهادتها على الولادة كما قبل الطلاق اقتصر المصنف على هذا القدر فثبت النسب والحاجة قيام الفراش وله ان العدة تنقضي باقرارها بوضع الحمل فصارت اجنبية والفراش المنتفي ليس بحجة ليصح موید للصحة الضعيفة اعني شهادة المراة الواحدة فكانت الحاجة ماسة الى اثبات النسب ابتدا وذلك بمال النفاب على ولادتها المتصلة بقيام سببه المستلزم له لثبوت النسب بكونها في وقت يلزم فيه ثبوت النسب شرعا بخلاف ما اذا كان الحبل ظاهرا قبل دعواها او صدر الاعتراف به من الزوج او كان الفراش قائما وقت دعواها الولادة لان النسب ثابت قبل الولادة لما في البطن وقيام الحمل ظاهرا او اعترافا وكذا قيام الفراش يوید شهادة القابلة به وقولها لا يطلع عليه الرجال ممنوع بل يطلع عليه فيما اذا دخلت المراة بحضرتهم بيتا يعلمون انه ليس فيه غيرها ثم خرجت مع الولد فيعلمون انها ولدته وفيما اذا لم يتعهد والنظر بل وقع اتفاقا وهذا يندفع ما قد اورد من ان شهادة الرجال تستلزم فسقهم فلا تقبل والحاصل ان حقيقة محل الخلاف ان شهادة المراة الواحدة فيما لا يطلع عليه الرجال عادة كالولادة وغيرها هل يكفي للاثبات او لا بد من ان يتايد فالوجه ان يحمل الاستدلال عليه ولما فيه قول صلى الله عليه وسلم شهادة النساء جائز فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه فانه يتناول الولادة لانه جنس واما الوجه الذي ذكره فتمامه بالفارق بينه وبين المقيس عليه من حال قيام الفراش ويوید فقه بانه لا يلزم من جواز ما رووه وبنى عليه اطلاق الحديث والمعروف منه ما رواه ابن ابي شيبة عن الزهري مرسلا مضت السنة ان تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال غيرهن من ولادات النساء وعيوبهن ويجوز شهادة القابلة وحدها في الاستهلال وامراتان فيما سوى ذلك وهذا حجة لانه مرسل وانما قلنا لانه مرسل لان قول الراوي من غير السنة انما يكون حكمه الرفع اذا كان صحابيا وهو هنا ليس صحابيا وحديث الدارقطني عن محمد بن عبد الملك الواسطي عن ابي وايل عن حذيفة ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز شهادة القابلة وان كان بين عبد الملك والاعمش رجل مجهول وهو ابو عبد الرحمن المدائني فقد تظافرا وقوي ما هو حجة به ولو كانت معنعنة عن وفاة فادعت الولادة فصدقها الورثة عيانا ولم يشهد بها احد منهم ابن الميت في قولهم جميعا وهنا في حق الارث ظاهرا لانه

خالص حقهم فيقبل تصديقهم فيه اما في حق ثبوت النسب من الميت ليظهر في حق الناس كافة قالوا اذا كانوا
اي الورثة من اهل الشهادة بأن يكونوا ذكورا احرارا عدولا وهم عدول ثبت لقيام الحجة فيشارك
المقرين منهم والمنكرين ويطالب عزيم الميت بدينه وعن هذا قيل يشترط لفظة الشهادة اي في
مجلس الحكم من الورثة لقيام الحجة وقيل لا يشترط هو الصحيح كان الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت
في حقهم وهذا مراعى المتبع شرائطه اذا ثبت اصالة وعلى هذا فلو لم يكونوا من اهل الشهادة لا يثبت
النسب الا في حق المقرين منهم والله اعلم **قوله** واذا تزوج الرجل امراة فجاءت بالولد لاقل من ستة
اشهر منذ يوم تزوجها لم يثبت لان اقل مدة الحمل ستة اشهر فلزم كونه من علوق قبل النكاح واذا جاءت
به لاكثر منها ثبت ولا اشكال سواء اعترف به الزوج او سكت وكذا اذا جاءت به لتمام الستة
بالزيادة لاحتمال انه تزوجها او طيها فوافق الانزال النكاح والنسب يحتاط في اثباته وهذا على
المصنف خلاف ما تقدم في المبتوته حيث نفى نسب ما اتت به لتمام سنتين مع تصحيحه بما مر من
كونه طلقها حال جماعها وحاصل الانزال الطلاق واجيب عن المصنف بان ثبوت النسب هناك
لحمل امرها على الصلاح اذ لو لم يثبت هناك لزم كونه من زنى او من زوج فتزوجت وهي في العدة
واما عدم الثبوت هناك للشك فلا يستلزم نسبته فساد الحمل لجواز كون عدتها انقضت وتزوجت
بزوج اخر فعلقت منه وحاصل هذا رفع المانع من عدم الثبوت هناك وليس بجواب اصلا لان
معنى السؤال وجد المقتضي وهو الامكان بالطريق الذي ذكرناه مع وجوب الاحتياط فكان يجب
ان تثبت النسب كما تثبت هنا واثبت علمت ان الوجه ثبوت النسب فيه لوجود المقتضي
وهو الامكان مع الاحتياط **قوله** فان مجيء الولد لتمام ستة اشهر فصاعدا
يثبت بشهادة امراة واحدة اتفاقا اما عندهما فظاهر اوعنده لتاييدها بقيام الفراش حتى لو نفاه
بعد شهادتها لا يكون هذا اللعان لوم بشهادة الواحدة ليلزم انه قايم مقام الحد والحد لا يثبت بشهادة
امراة واحدة فيجب الاجب اللعان هنا وايضا يلزم خطا ابي يوسف حيث لم يثبت به النسب واثبت به
اللعان بل اللعان انما وجب لقذف الثابت في ضمن نفي الولد لا بنفي الولد من حيث هو نفيه فانه
ليس من ضرورة لزومه وجود الولد اصلا فضلا عن نفيه بعد وجوده لتحققه بدونه وان انتفى
هنا وقوعه في ضمن النفي **قوله** وان ولدت ثم اختلفا فقال تزوجتك لاربعة اشهر وقالت
لستة فالقول لها لان الظاهر شاهدها وهو انه ولد من نكاح لا سفاح والامر زوج تزوجت بهذا
الزوج في عدته وهو مقدم على الظاهر الذي يشهد له وهو اضافة الحادث وهو النكاح هنا
الى اقرب الاوقات لانه اذا تعارض ظاهران في ثبوت نسب قدم المثبت له لوجوب
الاحتياط فيه حتى انه يثبت بالايماء مع القدرة على النطق بخلاف سائر التصرفات مع ان ظاهرها
شاهد بظاهرهم وهو عدم مباشرته النكاح الفاسد ان كان الولد من زوج او حمل من زنى وان صح
على الخلاف فيه ثم لا تحرم عليه بهذا النفي لانه لا يلزم منه تزويجها حاملا بثابت النسب
ليكون اقرارا بالفساد كما اذا تزوجها بلا شهود لجوازه وهي حامل من زنى فانه صحيح وان الشرع
لزمه حيث اثبت النسب والشرع اذا كذب الاقرار يبطل **قوله** ولم يذكر ابو حنيفة الاستحلاف
اي استحلافها وهو على الخلاف المعروف في الاشياء الستة عندهما تستحلف وعنده لا تستحلف
لان الخلاف واقع في النكاح والنسب **قوله** ومن قال لامراته اذا ولدت فانت طالق فجاءت
امراته بالولد والزوج ينكرها ولم يكن حبلى ظاهرا ولا اقر هو به لم تطلق عند ابي حنيفة
ولكن يثبت النسب وقالا تطلق ايضا لان شهادتها حجة في ذلك اي في ثبوت ولادتها للحديث
السابق واذا كانت حجة مقبول فيما تقبل فيما يبتنى عليها وهو الطلاق المعلق به وبهذا التقرير
يتبين ان قوله ولانها لما قبلت في الولادة الخ اخره ليس وجها اخر بل هو تمام الوجه الاول

وصار كثبوت الامومة بناء على ثبوت النسب بشهادة القابلة فيما اذا قال ان كان بابني هذه
حمل فهي مني مولدت بعد هذا القول لاقل من ستة اشهر فانكر ولادتها فشهدت به امراة وثبوت
اللعان بناء على ثبوت النسب فيما اذا جاءت زوجته بولد فقال ليس مني ولا ادري انه ولدته
ام لا فشهدت بالولادة امراة فانه يجب اللعان الا ان يكون الزوج عبدا او حرا محدودا في القذف ولا في حسبانه انها ادعت الحدث وزوال الملك الثابت فلا بد من حجة تامة وشهادة
المراة الواحدة ليست حجة كذلك الا في موضع الضرورة وهو الولادة وما نحن فيه مختص به
فقبلت فيها وثبت النسب وامومة الولد وانه حكم الكلام شرعا اما اللعان فانما ثبت
بالقذف وان انتفى انه وقع في ضمن نفي الولد كما تقدم واما وقوع الطلاق والعتاق فليس حكما
مختصا به فلا يثبت عند هذه الشهادة كمن اشترى كما فاخبره مسلم انه ذبيحة مجوسي فقبل
في الحرمة ولا تثبت بحل الذباح وكقوله اذا حضت فانت طالق وفلانه فقالت حضت
طلقت هي ولم تطلق فلانه وهما حكمان مقترنان ويمكن حمل هذا الشق على ابي حنيفة فان طلاقها
هي زوال ملكه وهو ليس لازما شرعيا لحيضها بل لازمه الشرعي حرمة قربانها فقد ثبت بقولها
لازمه الشرعي ولازمه للحمل الشك وهو حدثه وسبق العزق ولو كان الزوج قد اقدم
بالحمل طلقت بالشهادة عند ابي حنيفة وعندهما يشترط بشهادة القابلة لانه لا بد من الحجة
لدعواها الحدث وشهادتها حجة فيه وله ان الاقرار بالحمل اقرار بما يبقى اليه وهو الولادة
للعلم بان الحمل لا يلد بعده ولانه اقر بانها مؤتمنة في اخبارها بالولادة حيث اقر بانها حامل
فيقبل قولها في رد الامانة كما اذا علق بحيضها فقالت حضت فاذن ظهر العزق الرافع للاشكال
المذكور وهو ان التعليق وان كان باهرا معلوم الوقوع بعده وعلمه من حيضها كما حيضها وولادتها
بعد الاقرار بحملها او بظهور حملها كان النزاع انما لتصديقها عند اخبارها به واقرارها بانها مؤتمنة
فيه وان لم يكن لذلك وهو التعليق بولادتها قبل الاعتراف بحملها سابقا والظهور حال حالت
التعليق لم يستلزم ذلك فيحتاج عند انكاره الى الحجة **قوله** واكثر مدة الحمل سنتان
وعند الشافعي ومالك اربع سنين واستدل المصنف رحمه الله بقول عايشة رضي الله عنها الولد
لا يبقى في بطن امه اكثر من سنتين ولو بظل مغزل اخرج الدارقطني والبيهقي في سننهما من طريق
المبارك حدثنا اود بن عبد الرحمن عن ابن جريج عن جميلة بنت سعد عن عايشة قالت
ما تزيد المراة في الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل وفي لفظ قالت لا يكون الحمل
اكثر من سنتين الحديث واخرج الدارقطني ومن جهته البيهقي عن الوليد بن مسلم قال قلت لمالك
بن انس اهى حديث عن عايشة انها قالت لا تزيد المراة في حملها على سنتين قال لا ولا بظل
مغزل فقال سبحان من يقول هذا هذه جارتنا امراة محمد بن عجلان حملت بولد صدق وزوجها
ولد صدق حملت ثلاثة ابطن في اثني عشرة سنة كل بطن في اربع سنين وما يحقى ان قول
عايشة رضي الله عنها مما لا يعرف الا سماعا وهو مقدم على الحكي عن امراة ابن عجلان لانه بعد صحته
نسبته الى الشارع لا يتطرق اليه الخطا بخلاف الحكاية فانها بعد صحة نسبتها الى ملك المراة
تحتمل خطاها فان غاية الامر ان يكون انقطع دمها اربع سنين ثم جاءت بولد وهذا ليس بقاطع
في ان الاربعة بتمامها كانت حاملا فيها بجواز انها عند طهرها سنتين واكثر ثم حبلت ووجود
الحركة مثلا في البطن لو وجد ليس قاطعا في الحمل لجواز كونه غير الولد ولئن اخبرنا عن امراة
انها وجدت ذلك من تسعة اشهد من الحركة وانقطاع الدم وكبر البطن وادران الطلق
ثم حين جلست القابلة تحتها اخذت في الطلق فكلما طلقت انضمرت تماما هكذا شيئا فشيئا
الى ان انضمر بطنها وقامت عن قابلة عن غير ولادة وبالجملة مثل هذه الحكايات لا يعارض

الروايات وما روي ان عمر رضي الله عنه اثبت نسب ولد المراة التي غاب عنها زوجها سنتين ثم قدم فوجدها حاملا فهم برجمها فقال له معاذ ان كان لك عليها سبيل فلا سبيل لك على ما في بطنها فتركها حتى ولدت ولدا قد نبتت ثنيتاه يشبه اباه فلما راه الرجل قال ولدي ورب الكعبة فانما هو بقيام الفراش ودعوى الرجل ينسبه **قوله** وادناه ستة اشهر وهو خلاف للعلماء فيه لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا مع تفسير الفصال في الاية الاخرى بكونه في عامين فيلزم كون الباقي للحمل ستة اشهر واورد عليه انه مخالف لما فسره به ابو حنيفة في الرضاع من ان هذه المدة مضروبة بتمامها لكل من الحمل والفصال غير ان المنقص قام في احدهما وهو الحمل وهو حديث عائشة قلنا قد مر هناك انه غير صحيح لما يلزم من انه يراد بلفظ الثلاثين في اطلاق واحد حقيقة ثلاثين واربعة وعشرين باعتبار اضافتين فلعله رجع الى الصحيح واجيب بان هذا انما دل بن عباس رضي الله عنهما ذكرهم هنا وموضع الاستدلال في الحقيقة مورده لا هو فتقل بعضه لينبه عليه وهو ما روي ان رجلا تزوج امراة فولدت لستة اشهر فهم عثمان برجمها فقال ابن عباس رضي الله عنهما اما انها لو خاصمتكم بكتاب الله تعالى لخصمتكم قال الله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا وقال في فصاله في عامين فلم يبق للحمل الا ستة اشهر فخلى عثمان رضي الله عنه عنها فالتمسك بالرد على عثمان مع عدم مخالفة احد فكان اجماعا وهو صحيح في نفسه ومفيد لقطعية ارادة كون المدة لمجموع الحمل والفصال لا تقاقهم على صحته حيث سكتوا وربما الحكم باعتباره وهو يبطل تمسكه في الرضاع على ذلك الوجه فلا يندفع به النقض على المصنف **قوله** ومن تزوج امة فعتقت اي بعد الدخول واصابة بائنة او رجعية ثم اشتراها قبل ان تعتد بالقضاء عدتها فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ اشتراها لزمه اي ثبت نسبه منه ولغا يوم بعد منه مستغنيا عنه وقيدنا بعد الدخول واصابة لانه لو كان قبل الدخول لا يلزمه الولد الا ان يجيء به لاقل من ستة اشهر منذ فارقها لانه عدة لها او بعده والطلاق تثنتان ثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق كما سيذكره المصنف **قوله** والا اي وان لم يجيء به لاقل بل لتمام ستة اشهر او اكثر من وقت الطلاق لم يلزمه الا ان يدعيه **قوله** لانه في الوجه الاول وهو ما اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر ولد المعتدة للتيقن بكون العلوق سابقا على الشراء ولد المعتدة يثبت نسبه بلا دعوة وفي الوجه الثاني وهو ما اذا جاءت به لستة اشهر فصاعدا ولد المملوكة فلا يثبت الا بدعوة وهذا لان الطلاق اذا كان واحدة حل له وطيها بعد الشراء اذا لم تظهر عدتها في حقه لانها معتدته والمراة متى ولدت والوطء حلال ينقضي بالعلوق من اقرب الاوقات لان فيما زاد عليه شكا واقرب الاوقات ستة اشهر واعتبارها في الاول يوجب انه ولد للعتدة وفي الوجه الثاني يوجب انه ولد المملوكة فلا يثبت الا بدعوة بخلاف ما لو كان الطلاق ثنتين حيث يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق وان جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت الشراء لان به تحرم الامة حرمة غليظة ولا يحلها الشراء من حل الحرمة حرمة غليظة مغياة بنكاح زوج اخر على ما عرف فتعذر اقتضاء العلوق من اقرب الاوقات لانه قضاء على الوطء الحرام فقضينا بالعلوق من ابعد الاوقات وهو ما قبل الطلاق حملا للامر على الصلاح وقبل الطلاق كانت منكوحة فيثبت نسب ولدها بلا دعوة ثم اذا كانت الواحدة رجعية وهو ولد المعتدة فيلزمه وان جاءت به لعشر سنين بعد الطلاق فاكثر بعد كونه لاقل من ستة من الشراء وان كان باينا يثبت الى اقل من سنتين او تمام الستين بعد كونه لاقل من ستة اشهر من الشراء وان كان باينا يثبت الى اقل من سنتين وتمام السنتين بعد كونه لاقل من ستة من الشراء واعلم ان ما ذكر من حكم المطلقة الرجعية ثابت عند عدم الطلاق يعني لو اشتراها من غير طلاق كان الحكم المذكور للرجعية ثابتا ولو اشتري زوجته الموطوءة ثم اعتقها فولدت لاكثر من ستة اشهر منذ اشتراها لا يثبت النسب الا ان يدعيه الزوج لان النكاح بطل بالشراء وصارت بحال لا يثبت نسب ولدها منه لو ولدت لاكثر من ستة اشهر من وقت الشراء الا بدعوة والعتق بازائها لا يعدانه وعند محمد

ثبت النسب الى سنتين بلا دعوة من يوم الشراء لانه بالشراء بطل النكاح ووجبت العدة لكنها لا تظهر في حقه للملك وبالعتق ظهرت وحكم معتدة عن باين لم تعتد بالقضاء عدتها فلذلك ولو جاءت به لاقل من ستة اشهر لزمه للعلم بتبوته قبل الشراء ان كان لاكثر من سنتين من العتق وكذا لو لم يعتق ولكن باعها فولدت لاكثر من ستة اشهر منذ باعها فعند ابي يوسف لا يثبت النسب وانا ادعاه لانه بتصديق المشتري لما سيأتي ان النكاح بطل وعند محمد يثبت بلا تصديق كما قال في العتق لانه هنا يثبت بلا دعوة لان العدة ظهرت ثم ولم تظهر هنا ولو اسلمت الكتابية تحت مسلم ثم جاءت بولد لاكثر من ستة اشهر ولاقل من سنتين من وقت الاسلام فنفاه لاعن وقطع نسب الولد منه وان احتمل ملوقه قبل الاسلام باعتبار ان لعان لكن العلوق حادث والاصل في الحوادث ما قلنا وكذا لو حتمه امتنع ثبوت نسب ولد جاءت به لاكثر من ستة اشهر ولاقل من سنتين من وقت الاعتاق فنفاه الزوج لاعن وان احتمل العلوق قبل الاعتاق فان قيل ما ذكرتم ينتقض بمسايل احدها ما لو قال لامراته ان طلقتك فلانة ثلاثا ولم يبن حتى ولدت احداها لاكثر من ستة اشهر من وقت الايجاب ولاقل من سنتين منه فالايجاب على ايهامه ولا يتعين صرتها للطلاق ذكره في الزيادات وثانيها ما لو قال لها اذا جاءت فلانة طالق فولدت لاقل من سنتين من وقت التعليق لم يقع الطلاق فكذا لو كان هذا في تعليق العتاق بالجعل وثالثها الطلقة الرجعية اذا جاءت به لاقل من سنتين من وقت الطلاق لا يصير مراجعا ولو كانت الحوادث تضاف الى اقرب الاوقات لثبتت هذه الاحكام اعني البيان والطلاق والرجعة قلنا الحوادث انما تضاف الى اقرب الاوقات اذا لم يتضمن ابطال ما كان ثابتا بالدليل او ترك العمل بالمقتضى اما اذا تضمن فلا حتى عولت على ما قلنا ثم استقربت المسايل وجدت الامر عليه ففي الطلاق في الصورتين الاوليين ابطال ما كان ثابتا يقينا بالشك وفي الرجعة كذلك مع العمل بخلاف الدليل الدال على استمراره الرجعة لغير القول **قوله** فهي ام ولده بالاجماع ان سبب وجود النسب قد وجد وهو الدعوة والحاجة الى تعيين الولد وشهادة القابلة حجة في ذلك بالاجماع اي باتفاق اصحابنا هذا اذا ولدته لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار ولو ولدته لستة اشهر او اكثر لا يلزمه لاحتمال انها حبلت بعد مقالة المولى فلم يتبين الوطء مدعيا هذا الولد بخلاف الاول ليتيقنا بقيامه في البطن وقت القول فتيقنا بالدعوى **قوله** يرثانه اي اخوه فان قيل ثبوت النكاح هنا اقتضائي فينبغي ان يثبت بقدر الضرورة وهي تصحيح النسب دون الارث قلنا النكاح غير متنوع اليه ما هو سبب استحقاق الارث وما ليس كذلك بل هو ملزوم لاستحقاقه واذا ثبت الشيء ثبت ما لازمه الشرعي والا لم يكن لازما بخلاف نكاح الامة والكتابية **قوله** وجه الاستحسان ان المسئلة مفروضة فيما اذا كانت معروفة بحريته الاصل وانها ام الولد واذا ثبت كونها حرة فهي ام ابنه لزم كونه من نكاح صحيح عادة وعرفا لانه الموضوع لحصول الاولاد دون الفاسد والوطء بشبهة فيها احتمال ان لا يعتبران بما يلي الظاهر الغالب وكذا احتمال كونه طارئا في صحته وانتقضت عدتها لانه لما ثبت النكاح وجب الحكم ببقائه ما لم تتحقق زواله **قوله** فلا ميراث لها قال الترجماني ولكن لها مهر المثل لانهم اقروا بالدخول بها ولم يثبت كونها ام ولد ولم تعتق **قوله** اي في استحقاق الارث فلا يقتضي به كالمفقود يجعل حيا في ماله حتى لا يرث غيره منه لا بالنسبة اليه حتى لا يرث مفقود من احد

باب من احق به الولد

لما ذكر ثبوت نسب الولد عقيب احوال المعتدة ذكر من يكون عنده الولد **قوله** واذا وقعت الفرقة الى اخره هي على الاطلاق في غير ما اذا وقعت بردتها لحقت الاولاد انها تحبس وتجبر على الاسلام فان ثبت فهي احق به وما اذا لم تكن اهلا للحضانة بان كانت فاسقة او تخرج كل وقت وتترك البنت ضايعة او كانت امة او ام ولد او مدبرة او مكاتبة وولدت ذلك الولد قبل الكتابة او منزوجة بغير محرم وما اذا كان الاب معسرا او اب الام ان تزوجت الا باجر وقالت العمة انا ارضى بغيرا جر فان العمة اولى هو الصحيح **قوله** لما روي ان امراة في سنن ابي داود من حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عبد الله ابن عمرو ان

امراة فقالت يارسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له حوى وان اباه طلقني واراد ان ينزعه مني فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم انت احق به مالم تنكحي رواه الحاكم وصححه وعمرو هذا هو عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص فاذا اراد بجده محمد كان مرسلا واذا اراد عبد الله كان متصلا لانه ينصرف عليه بصير محتملا للارسال والاتصال وهذا مما يرجح عبد الله وحجر الانسان بالفتح والكسر والحوا بالكسر بيت من الوبر والجمع الاحوية قوله وان الام اشفق عليه الخ لحكم بخروجه من التبع وانما كانت الشفقة لابن كان جزا لها حقيقة حتى قد يفترض بالخراص وافتدر على الحضانة لتمكنها بمباشرته والرجل اقدر على الاكتساب فلذا جعلت نفقته عليه اذا لم يكن هو له مال وجعل عندها وقوله واليه اشار الصديق الخ اخرجه بشير الى ما في موطا مالك حدثنا يحيى ابن سعيد عن القاسم بن محمد قال كانت عند عمر امراة من الانصار فولدت له عاصما فارقها عمر رضي الله عنه فركب يوما الى قبا فوجد ابنه يلعب بفنا المسجد فاخذ بعضده فوضعه بين يديه على الدابة فادركته جدة الغلام فنازعته اياه فاقبلا حتى اتيا ابا بكر فقال عمر ابني وقال المراة ابني فقال ابو بكر خل بينه وبينها فما راجعه عمر الكلام وكذا رواه عبد الرزاق ورواه البيهقي وزاد ثم قال ابو بكر سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الوالدة والدة عن ولدها وفي مصنف ابن ابي شيبة حدثنا ابن ادريس عن يحيى بن سعيد عن القسم ابن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه طلق جميلة بنت عاصم بن ثابت ابن ابي الافلح فتزوجت فجاء عمر فاخذ ابنه فادركته مموشل ابنة عاصم الانصارية وهي ام جميلة فاخذته فتنازعا الى ابي بكر فقال ابو بكر قضاء الله بينهما وبين ابنهما فاخذته وابن ابي شيبة ايضا عن عمر انه طلق ام عاصم ثم اتى مسجد قبا وفيه عاصم غلاما فاخذه بيده فاتيا به فخيرا ابنه فاختار امه فانطلقت به الى ابي بكر فقال له مسحا ورحمها وبرحا خير له مناك حتى يشب الصبي فيختار لنفسه قوله والنفقة على الاب على اذا كانت ما يذكر ان في باب النفقة وهذا اذا كان حيا وان كان ميتا فعلى ذي الرحم الوارث على قدر الوارثين قوله والحجر يعني اذا طلبت الام فهي احق به والحجر على الحضانة وهو قول الشافعي واحمد واسحاق وروي عن مالك وفي رواية اخرى وهو قول ابن ابي ليلى وابي ثور والحسن بن صالح تخير واختاره ابو الليث والصدوا في من شاء منهما لان ذلك حق للولد قال ثعلب والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين والمراد الامر وهو الوجوب والمشهور عن مالك ان التخيير الشرعية التي لا عادة لها بالارضاع وتخير التي هي ممن ترضع فان ابى وجد غيرها اولم يأخذ الولد ثدي غيرها اجبرت بالاطلاق وتجبر الاب على اخذ الولد بعد استغنائه عن الام ان نفقته وصيانته عليه بالاجماع ولنا قوله تعالى وان تعاسرتم فسترضع له اخرى وان اختلفا فقد تعاسرا فاشبه حالة الابية للثدي او محمول على حالة الاتفاق وعدم التعاسر ولانها عسى ان تعجز عنه لكبر في الغالب او للحاكم الشهيد الذي هو جمع كلام محمد لو اختلفت على ان تنزل ولدها عند الزوج فالخلع جايز والشرط باطل وان هذا حق الولد ان يكون عند امه ما كان ايما محتاجا هذا لفظه فافاد ان قول الفقيهين جواب الرواية واما قوله تعالى فسترضع له اخرى فليس للام في الارضاع بل في الحضانة قال في التحفة ثم الام وان كانت لها الحضانة فانه لا يجب عليها ارضاعه لان ذلك منزلة النفقة ونفقته الولد على الوالد الا ان لا يوجد من ترضعه فتجبر قوله فان لم تكن اي لم تكن له ام تستحق الحضانة بان كانت غير اهل للحضانة او متزوجة بغير محرم او ماتت قام ام الولد اولى من كل احد وان علت وعن احمد ام الاب اولى واستضعفه بان ام الام تدلي بالام وهي المقدمة على الاب فمن بدلي باب اولى فان لم تكن للام ام فام الاب اولى ممن سواها وان علت وعند زفر الاخت الشقيقة او الخالة اولى ثم ومن مالك الخالة اولى من الجدة لاب لما في الصحيحين ان عليا وجعفر الطيار وزيد ابن حارثة اختصموا في بنت حمزة فقال علي انا احق بها وهي ابنة عمي وقال زيد بنت اخي وقال جعفر بنت عمي وخالتها تحتي فقضى بها النبي صلى الله عليه وسلم لخالتها وقال الخالة بمنزلة الام وقال لعلي انت مني وانا منك وقال لجعفر اشبهت خلقي وخلقي وقال لزيد انت اخونا ومولانا ورواه ابو داود وقال فيه انما الخالة ام ورواه اسحاق

بن راهويه وقال بعد قوله وامانت يا زيد فاخوتنا وسوقها والجارية عند خالتها فان الخالة والده قلنا هذا كله تسبيه فيحتمل كونه في ثبوت الحضانة او غيره الا ان السياق افاد ارادة الاول فيبقى اعم من كونه في ثبوت اصل الحضانة او كونها احق به من كل من سواها والاولة على الثاني والاول متفق فيثبت والا يفيد الحكم بانها احق من احد بخصوصه اصلا ممن له حق في الحضانة فيبقى الحق الذي عيناه بلا معارض وهو ان الجدة ام والدة الخ زمير اث الام من السدس وغلبة الشفقة تتبع الولد ظاهرا فكانت مقدمة على الاخوات والخالات فان لم تكن جدة سفلى او عليا فالاخوات اولى من الخالات والخالات اشهن من بنات الابوين واولاهن بنات الاجداد والجدات الشقيقة اولى من غيرها والتي لام اولى من الاخت لاب وبعد الاخت لاب الخالة وفي رواية كتاب الطلاق الخالة اولى من الاخت لاب لانها تدلي بالام فذلك بالاب وفي رواية كتاب النكاح الاخت لاب اولى من الخالة اعتبارا للغريب القرابة وتقديم المدلي بالام على المدلي عند الخالة ومرتبها قريبا مثل رواية كتاب النكاح تدفع بعد الاخت لاب الى بنت الاخت الشقيقة ثم الى بنت الاخت لاب ثم الى الخالة الشقيقة ثم الى الخالة لام ثم لاب ثم العمات على هذا الترتيب ثم الى خالة الام لاب ثم لام ثم لاب ثم الى عماتها على هذا الترتيب وقد تبين ان اولاد الاخوات لاب وام احق من الخالات والعمات وان الاخت لام احق من ولد الاخت الشقيقة وبنات الاخت اولى من بنات الاخ لان بنت الاخت تدلي بمن له حق الحضانة واما بنات الاعمام والعمات والاخوال والخالات فسيعزله عن حق الحضانة لان قرابتهن لم تتاكد بالمحرمية قوله لما رويا وهو قوله عليه الصلاة والسلام انت احق به ما لم تنكحي وجمع والنذر القليل والشذوذ نظر البعض ولو ادعى الاب ان الام تزوجت وانكرت فالقول لها ولو اقرت بالتزوج الا انها ادعت الطلاق وعدوها فان لم تعين الزوج فالقول لها وان عينته لا يقبل قولها فيه ودعوى الطلاق حتى لا يقربه الزوج قوله واعلم ان المقصود انه اذا لم يكن للصغير امراة من اهله او وجب الانتزاع من الناضن الرجال واعلم ان فروعهم تقتضي ان الرواية عليه بالعكس ولذلك اذا استغنى عن الحضانة كان الاولى بحضنه اقربهم تعصيبا وقد عرف في موضعه اي في الفرايض وادلى العصبات الاب ثم الجد ابو الاب وان علا ثم الاخ الشقيق ثم الاخ لاب ثم بن الاخ الشقيق ثم بن الاخ لاب وكذا كل من سفل من اولادهم ثم العم شقيق الاب ثم لاب فاما اولاد الاعمام فانه يدفع اليهم الغلام فيبدا بابن العم لاب وام ثم ابن العم لاب ولا تدفع الصغيرة اليهم لانهم غير محارم وافاد دفع اليهم الغلام واذا لم يكن الصغير عصبة يدفع الى الاخ لام ثم الى ولده ثم الى العم لام ثم الى الخال لاب وام ثم لام ثم لاب لان لهم ولاية عند ابي حنيفة رحمه الله في النكاح ويدفع الذكر الى من يوثق به لانه اخر العصبات وانما دفع الانثى اليهم ولان في المحارم من الاخوة والاعمام من لا يؤمن على صبي وصبية لفسقه ليس لهم حق في الامساك الكل من الكفاية واذا اجتمع مستحقو الحضانة في درجة كاخوة واعمام فالحكم اولى فان نسا وا فاسنهم وفي النتاوى الصغرى فان لم تكن عصبة فابي ذوي الارحام على الترتيب الذي في الاصل حتى يأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده وفي بعض نسخ النوادر ويستنجي وحده ضمه المصنف الى ما تقدم وفي نوادر بن رشيد ويتوضا وحده وذكر شمس الايمة الاولى ان يستخدم وحده انه لا بد منه ليحصل الاستغناء من من الشايخ من قال المراد من الاستنجاء تمام الطهارة بان يطهر وجهه وحده بلا معين ومنهم من قال بل من القبح سنه والالم يقدر على تمام الطهارة قوله والخصاء رحمه ارتعالى قدر الاستغناء بسبع سنين وعليه الفتوى كذا في الكافي وغيره لما قيل انه يقدر بتسع لان الاب مامور وبان يامره بالصلاة اذا بلغها وانما يكون ذلك اذا كان الولد عند ولو اختلفا فقال بن سبع وقالت ابن ست تحالف القاضي احدهما ولكن ينظر ان كان ياكل وحده ويلبس وحده دفع والا فلا قوله وعن محمد رحمه الله انها تدفع الى الاب اذا بلغت حد الشهوة وهي رواية هشام عنه وفي غياث المفتي الاعتماد على رواية هشام عن محمد لغلبة الزمان وعن ابي يوسف مثله واختلف في حد الشهوة لبيني على اخر الاب

وثبوت حرمة المصاهرة فالوا بنت تسع مشتهاة وحتى ليست مشتهاة وست وسبع وثمان ان كانت عبلة
مشتهاة والا فلا **قوله** ومن سوى الام والجد يعني للجدتين من قبل الام والاب **قوله** لانها تعد على
استحداثا شرعا وتعليم اداب الشرع والطبخ والغزل وغسل الثياب انما يحصل بالاستخدام بخلاف الام
والجدة لعدم تاتيها عليها شرعا ولذا جاز ان يواجرها قال الحاكم الجليل الشهيد فان كانت البكر وهلن في السن
واجتمع عقلها ورايها واحوطها مخوف عليها فلها ان تنزل حيث احبت في مكان لا يخوف عليها **قوله** والامة
اذا اعتقت مولاها وام الولد اذا اعتقت كالحرة في حق الولد وحال الحرة فيه انه ان كان الولد رقيقا كان
مولاه احق به منها وان كان حرا كانت احق به من الزوج بعد الطلاق ومن مولاها
ان كان ابنها منه قبل عتقها ولو فارقها زوجها وهي امته فالولد لمولاها وهو اولى به من الاب لانه مملوكه وان كان الزوج
حرا وكذا ان كان الزوج حرا ولم يفارق امة فالولد احق بالولد لكن لا يفرق بينه وبين امه للنهي عن ذلك ذكره
في الخانية وفي التحفة المكاتبة ان ولدت قبل الكتابة لامن لها وان بعده فهي اولى به لدخوله تحت الكتابة
قوله ويجاف بالرفع السينا فاولى في بعض النسخ او بخف بالجزم عطفا على لم يعقل ويمنع ان تغذيه
الخمر ولحم الخنزير وان خيف هلاكه لان من المسلمين من يروي بالنصب ايضا على معنى الا ان يخاف هلاكه في قوله
الا لزمنك او تقضيني حقي ولكن هذا في اول الولادة قال الشافعي واحمد وروايته عن مالك وحضانة لها والمشهور
عن مالك كقولنا وهو قول ابن القاسم وابي ثور وقوله للنظر قبل ذلك دافع لقولهم وحاصله ان الانظر للصغير
ان يكون عند الام لوفور شفقتها وزيادة قدرتها على التبتل بملاحظته ومصالحته وما فيه من احتمال الضرر
الديني يرتفع بما ذكرنا **قوله** والاب اي للغلام يعني اذا بلغ السن الذي يكون الاب احق به كسبع مثلا اخذه
الاب والا توقف على اختيار الغلام ذلك وعند الشافعي يخير الغلام في سبع او ثمان وعند احمد والحاق يخير
في سبع فاذا اختار احدهما وسلم اليه ثم اختار الاخر فله ذلك فان عاد واختار الاول يخير ويكون عند الام
قوله ان النبي صلى الله عليه وسلم خير اصرح الادلة عن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم خير غلاما بين
ابيه وامه قال الترمذي حديث حسن صحيح والدارقطني وابو داود والنسائي فيه قصة لابي هريرة قبل ان يروي
الحديث حاصله انه خير عليا بنا واقعة رفعت اليه ثم روى الحديث ولفظه سمعت امراة جاءت الى النبي
صلى الله عليه وسلم وانا قاعد عنده فقالت يا رسول الله ان زوجي يريد ان يذهب بابني وقد سقاني من بئر ابي عنبة وقد نفعني
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم استهما عليه فقال زوجها من يحاقني في ولدي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
هذا ابوك وهذه امك فخذ بيد ايهما شئت فاخذ بيد امه فانطلقت واستدل المصنف بالمعنى على عدم
التخيير وهو ظاهر واجاب عن الحديث بوجهين احدهما انه صلى الله عليه وسلم وفق الاختيار والانظر على ما
رواه ابو داود وفي الاطراف والنسائي في الفرائض عن عبد الحميد بن جعفر عن ابيه عن جده رافع ابن سنان
انه اسلم وابت امراته ان تسلم فجاءت بابن لها صغير لم يبلغ فاجلس النبي صلى الله عليه وسلم الاب هنا والام هنا
ثم خيره وقال اللهم اهده فذهب الى ابيه وفي لفظ اخر انه اسلم وابت امراته ان تسلم فاتت النبي صلى الله عليه وسلم
فقالت ابني وهي فطيم وقال رافع ابني فقعد النبي صلى الله عليه وسلم الام ناحية والاب ناحية وامر الصبيه
ناحية وقال لهما ادعوا ها فمالت الصبيه الى امها فقال صلى الله عليه وسلم اللهم اهد ما مالت اليه فاخذها فاخرجها
العارقطني من طريق ابي عامر العقدي عن عبد الحميد وسمى البنت عميرة واخرج ابن ماجة والنسائي بسنده عن اسماعيل
ابن ابراهيم بن علية حدثنا عثمان النهدي عن عبد الحميد بن سلمة عن ابيه عن جده ابي سلمة ان ابويه اختصما
في ولد لهما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم احدهما كافر فخيره النبي صلى الله عليه وسلم فتوجه الى الكافر فقال اللهم
اهد فتوجه الى المسلم فتقضى له به قال ابن القطان نعيد ذكر الروايتين في انه غلام او جارية ولعلهما قضيتان
قال وقد روي من طريق عثمان النهدي عن عبد الحميد بن سلمة عن ابيه عن جده ان ابويه اختصما فيه ورواه ابن
ابي شيبة ورواه غير وقال فيه عبد الحميد عن يزيد ابن سلمة ولا يصح ذلك كان عبد الحميد بن سلمة واباه وجده
لا يعرفون ولا يحسن ان يجعل خلافا لرواية اصحاب عبد الحميد بن جعفر عن عبد الحميد ابن جعفر فانهم

ثقات وهو وابوه ثقتان وجده رافع ابن سنان معروف واما ان المراد بقوله عن ابيه عن جده
جد ابيه فقال فانه عبد الحميد بن جعفر ابن عبد الله ابن الحكم بن سنان ونحن نقول انه اذا اختار من اختاره
الشرع دفع له لكن الموقوف عليه ذلك متعذر بتخيير نبي صلى الله عليه وسلم مع دعايه ينجب بعده صلى الله عليه وسلم
اعتبار مظنة الانظرية وهو فيما قلنا ثانيا انه كان بالخيار ليس الاستئناس من بيوت ابي عنبة ومن دون البلوغ
لا يرسل الا بار للاستئناس للخوف عليه من السقوط فيه لقلة عقله وعجزه عنه غالبا ونحن نقول اذا بلغ
مميزا مخيرا بين ان ينفرد بالسكنى وان يكون عندهما اراد اللهم الا ان يبلغ سفيها مفسدا لحينئذ يضمه الى نفسه
اعتبارا لنفسه بماله ولا نفقة له على الاب الا ان يتطوع الجارية فان بلغت بكرا ضمها الى نفسه لانها تعرض بعد
وان بلغت ثيبا فلها ان تنفرد بالسكنى الا ان تكون غير مامونة على نفسها او يوثق بالاب ان يضمها اليه وكذا الاخ
والعم فان لم يكن مفسدا وان كان فحينئذ يضمها القاضي عند امراة ثقة ولصاحب الصحابة رجل ايضا عندهم لو
يخيروا على ما تقدم مع قصة عمر مع ابي بكر وما اسند عبد الرزاق عن عمر انه خير ابنا فاختار امه فانطلقت
به محمول على انه عرف قبل الابن بلوغه امه وهي في الواقع احق بحضانته فاهب تطييب قلب الاب من غير مخالفة
للشرع لخيره بدليل عليه ما تقدم انه لم يراجع ابا بكر الكلام والجواب ان عدم المراجعة ليس دليلا لان ابا بكر كان
ملما ما هب نفاذ ما يحكم به من رايه وان خالفه راي المحكوم عليه فالوجه ما ذكرنا ليوافق المروي عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم مما قدمناه اول الباب **فصل** اذا ثبت حق الحضانة للام فاراد ت ان تخرج بالولد الى بلد اخر
والنكاح قايم كان للزوج منعها لان حق السكنى له بعد اتيانها بما يجب لها المهر حضورها معه ما خرب معه وان كانت باينة
وقد انقضت عدتها فلا يخلوا من كون البلد التي تريد الخروج اليها بلدا وقد وقع العقد فيها او الى الاول ليس
للاب منعها وان بعدت كالكوفة من الشام الا ان تكون دار حرب وهو سلم او ذمي وان كانت هي حربية ولو كان
ملكها مستامنا حاز لها ذلك لانه لما عقد به فالظاهر انه يقيم به غير انه اذا خرج بعد ذلك وقد اعطاها المهر
وجب عليها المتابعة او نابعته بلا وجوب واذا زالت الزوجية لم يجب المتابعة فيعود الامر الى الاولى ولو كانت الاولاد
غيابا ان تزوجها مثلا بالبصرة فولدت له اولادا فخرج بهم الى الكوفة ثم طلقها فخاصمته فيهم ليعودوا اليها فان اخرجهم
باذنها ليس عليه ان يجيء بهم اليها ويقال لها اذهبي اليهم فخذيهم وان كان بغير اذنها فعليه ان يجيء بهم اليها وفي الثاني
له منعها سواء كان مصرا او لم يعقد فيه وليس مصرا على الصحيح من الروايتين كما سيذكره المصنف الا ان يخرج الى مصر
قريب بحيث لو خرج الاب لمطالعة الولد امكنه ان يبيت في اهله او قرية كذلك وكان العقد في قرية لا حاجة لاهلها
من حاجة الى الحاجة وان لم يكن العقد في قرية بلد مصر فليس لها اخراجه الى القرية القريبة هذا فيما بين الاب
والام اما لو كانت الام ماتت وصارت الحضانة للجدة فليس لها ان تنتقل بالولد الى مصر ما لم يكن بينهما عقد
وكذا ام الولد الى مصر ما لم يكن بينهما عقد وكذا ام الولد اذا اعتقت لا يخرج الولد من المصر الذي فيه
العلام لانه لا عقد بين الاب وام الولد ولنتكلم على فصول الكتاب **قوله** قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
في مسند ابن ابي شيبة حدثنا العلى بن منصور عن عكرمة بن ابرهيم الازدي عن عبد الرحمن بن الحارث بن ابي ذباب
ان عثمان رضي الله عنه صلى بمنى اربعا ثم قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من تاهل في بلدة فهو من اهلها يصلي
صلاة المتيم وابي تاهلت منذ قدمت مكة ورواه ابو اسحاق كذلك ولفظه سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم
يقول اذا تزوج الرجل ببلد فهو من اهلها وانا تممت لاني تزوجت بها منذ قدمتها وقد ضعف عكرمة الازدي
ولهذا يصير حربي به دنيا ظاهره ان بالتزوج يصير الحربي دنيا وقد مضى في الكتاب خلافه بل بالتوطن
لا بالتزوج يصير الحربي دنيا في دار الاسلام دنيا لانه لا يستلزم التزام المقام بتمكنه من الطلاق والعود وانما
ذلك في الحربية اذا تزوجت في دار الاسلام تصير ذمية لعدم كون الطلاق في يدها فيكون التزاما وانما يصح
حمل الحربي على ارادة التوطن لحربي فيصح مراده الحربية ويجوز ان يكون مرجع الضمير التزام المقام قاله
وهو ظاهر لو سيق الكلام له وفي النهاية وجدت بخط شيخي ليس في النسخة التي قوبلت مع نسخة المصنف
هذه الجملة بل الاصل قوله وان اراد ت الخروج بعوله فهو منهم وما ذكرها في بعض النسخ وقع سهوا انتهى وعلى هذا

لحاجة الى تكلف توجيهه باطلا وبغيره وتحمل المصنف اياه مع انه لا يصح لان مرجع الضمير ان كان التزوج فهو تزوج الرجل فلا يصح الاستيضاح بتزوج المرأة الحرية على سيرورته من اهلها والحال ان صيرورتها كذلك امر محقق لا يوجد فيه حتمه وان كان التزام المقام فليس السوق لاثباته **قوله** اشار في الكتاب الى القدوري وقيل المبسوط والاول اولى لانه مختاره المصنف والاستناد الثاني لعدم المعهودية ووجهه ان قوله الا ان تخرج بالجر وطرا يفيد ان عينن داخل في الخطر والذي وقع فيه التزوج غير وطرا وقوله وهو رواية كتاب الطلاق اي من الاصل وفي العكس وهو ما اذا اراد الانتقال الى مصرها ولم ينو فيه العدد لم يكن لها الانتقاب باتفاق الروايات **قوله** كما يوجب البيع التسليم في مكانه اي اذا كان المبيع في ذلك المكان لا مطلقا فان في الفتاوى من باب شعير او الشعير بالقرية والمشتري يعلم ذلك يستحق تسليمه في مكانه لا في مكان العقد وان لم يعلم فهو بالخيار ان شاء تسلمه في مكانه وان شاء فسخ ولو تعين مكان العقد لم يكن له خيار فكذا حق امساك الاولاد من ثمرات النكاح فيجب مراعاة الثمرات في مكان العقد اعتبارا للثمرات بالاحكام من وجوب التسليم والتسلم **قوله** تفاوت اي بعد وفي عكسه وهو ان ينتقل من المصر الى القرية لا يجوز وان كانت القرية قريبة لانا اذا وقع العقد فيها وهي قريبة فحينئذ لها ذلك ذكره في شرح الطحاوي وفي شرح البقالي ليس لها ذلك بحال وقع العقد هناك اولا والاول هو المنصوص ذكره الحاكم الشهيد في الكافي الذي هو كلام محمد اذا كان اصل النكاح في رستاق وله قرى متفرقة فاراد ان تخرج بهم من قرية الى قرية فلها ذلك ان كانت القرى قريبة ينظر بعضها الى بعض بالا يكن ذلك يقطعه عن ابويه اذا اراد ان ينظر اليه من يومه واذا اراد ان تخرجه من مصر جامع الى قرى ان كانت قريبة فلها ذلك الا ان يكون النكاح وقع في تلك القرى وفيه ايضا وليس للمرأة ان تشتري لولدها وتبيع وان كانت احق به الا ان يكون وصية والله سبحانه وتعالى اعلم

باب النفقة

النفقة مشتقة من النفوق وهو الهلاك نفقة الدابة نفوقا هلكت او من النفاق الرواج نفقت السلعة نفاقا راجت وذكر الزمخشري ان كل ما فاه نون وعينه فاؤه ذلك على معنى الخروج والذهاب مثل نفق ونفر ونفح ونفس ونفى ونفد وفي الشرع الادرار على الشيء بما به بقاؤه ثم نفقة الغير يجب على الغير باسباب الزوجية والقرابة والملك فبدأ بالزوجات اذ هي الاصل في ثبوت النفقة للولد لانه فرعها ثم بالسبب الابعد والاصل في ذلك قوله تعالى على المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف مرجع الضمير للوالدات المتقدم ذكرهن قيل في الزوجات وقيل في المطلقات والاول هو الظاهر وقال تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما اتاه الله لا يكلف الله نفسا الا ما اتاها وقال تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وقراءة ابن مسعود اسكنوهن من حيث سكنتم وانفقوا عليهن من وجدكم وقال عليه الصلاة والسلام في خطبته بعرفة في حجة الوداع كما قدمناه في بعض حديث جابر الطويل في الحج فاتقوا الله في النساء فانهن عوان اخذتموهن بامانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولكم عليهن ان لا يوطئن فرشكم احدا تكرهونه فان فعلن فاضربوهن ضربا غير مبرح ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف رواه مسلم وغيره وفي الصحيح ان هندا بنت عتبة قالت يا رسول الله ان ابا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بني الا ما اخذ من ماله بغير علمه فقال عليه الصلاة والسلام خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك والاحاديث كثيرة في الباب وعليه اجماع العلماء وما نقل عن الشعبي وجه الدين قوله سار ايت احدا جبر على نفقة احد يجب تاويله والله اعلم بصحته **قوله** وكل من كان محبوسا بحق ممنوع لغريم اي النفقة ترجع على غريمه كان نفقته عليه فخرج الرهن فان نفقته على الراهن لانه منفعة حبسه ليست مختصة للمرتهن بل مشتركة وخرج المنكوحة نكاحا فاسدا حتى لو نجلت نفقة شهرين ثم ظهر انه فاسد رجع عليها بما اخذت لان النفق عليها لا لفرض القاضي فلا يرجع وفي الفتاوى رجل اتهم بامرأة فظهر بأجل فزوجت منه فان يقدر بان الحبل منه كان النكاح فاسدا عند ابي يوسف وعند محمد صحيح فتستحق النفقة وذكر في موضع اخر انه يستحب عندهما ايضا لانه ممنوع عن وطئها ولو اقر انه منه تجب النفقة بالاتفاق لصحة النكاح عند الكل وحل وطئها وتقدم اصله في الحرمات

والله اعلم **قوله** اصله للعامل في الصدقات والمفتي والوالي والقاضي والمضارب اذا سافر لعمل المضاربة والمقاتلة اذا اقاموا لدفع عدو المسلمين والنساجين يوسات صيانة للمياه عن الاستنباه فتجب نفقتهن عليهن سلمات كن او لا ولو غنيات وقوله اذا سلمت نفسها في منزله ليس بشرط كما مر في ظاهر الرواية بل من حين العقد الصحيح وان لم تنتقل الى منزل الزوج اذا لم يطلب الزوج انتقالها فان طلبه فامتنعت حتى لها كمهرها لا تسقط النفقة ايضا وان كان لغير حق حينئذ لا نفقة لها لنشوزها وقال بعض المتاخرين لا نفقة لها حتى تترك الى منزل الزوج وهو رواية عن ابي يوسف واختارها القدوري وليس الفتوى عليه وقول الاقطع الشيخ ابي نصر في شرحه ان تسليم نفسها شرط بالاجماع منظور فيه ثم قرره على وجه يرفع الخلاف وهو انه اذا لم ينتقل الى بيته ولم يمتنع في يجب النفقة لانها سلمت نفسها ولكنه رضي ببطلان حقه حيث ترك النقلة فلا يستطيع حق **قوله** وعليه الفتوى اختار الصدر قول الخصاف وقول الكرخي هو ظاهر الرواية وقال به جمع كثير من المشايخ وصححه محمد رحمه الله وقال في التحفة انه الصحيح وفي الخانية وجوب نفقة اليسار في يسارها والاعسار في اعسارها واما المتوسط الخلاف في الاصل كما اذا كانت موسرة وهو معسر فعلى مختار المصنف يجب نفقة المعسر دون نفقة الموسر وكذا في عكسه ولكنا نجب في الاول نفقة الاعسار لانها وان كانت موسرة لما تزوجت معسرا فقد رضيت بنفقة المعسر وفي الثاني نفقة الموسرين والمصنف لم يذكر تمام الاقسام التي لا يتم تصوير قول الخصاف بل ترك ما اذا كانت موسرة والزوج معسرا وكانه لاتحاد جوابه بجواب ما ذكره وهو ما اذا كانت معسرة وهو موسر وكان الاولى حينئذ ان يقول فان كانا حد هما موسرا والاخر معسرا وافتصر للاستدلال لمذهب الخصاف على حديث هند وقال فيه اعتبر حالها ووجهه انه يصلح رد الاعتبار حاله فقط يعني اذا ثبت حال اعتبار حالها في هذا الحديث بطل قول من لم يعتبر حاله فتعاكم اعتبار حاله ثابت لا بد منه بالاتفاق فالتاييد الدال باعتبار حاله والدال باعتبار حالها فيلزم اعتبار حالها ويرد عليه ان حديث هند خبر واحد وقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما اتاه الله مطلق في اعتبار ثبوت حال الموسر معسرة كانت الزوجة او الموسر معسرا فاعتبار حاله لما زيادة موجبة لتغيير حكم النص اذ وجب الزيادة في موضع يقتضي المنع قيه عدمها وعدمها في موضع يقتضي فيه وجودها فذلك لا يجوز وافاد المصنف دفع هذا بقوله واما النص فنقول بموجبه انه مخاطب بقدر وسعه والباقي في ذمته فانه يفيد ان المفاد بالنص اعتبار حاله في الانفاق ونحن نقول ان المعسر لا ينفق فوق وسعه وهو ينفي اعتبار حالها في قدر ما يجب لها والحديث افاده فلا زيادة على النص لان موجبه تكليفه باخراج قدر حاله والحديث افاد اعتبار حالها في القدر الواجب على المخرج فيجتمعان بان يكون الواجب عليه اكثر مما اذا كانت موسرة وهو معسر ويخرج قدر حاله فيما لصدر ثم بقي الباقي في ذمته اللهم الا ان نقول بحمل صلى الله عليه وسلم بان زوجها كان موسرا فلم ينفق عليها وطلق لها ان تاخذ فيما يستقبل وهذا ليس فيه اعتبار حالها فان الكفاية تختلف ثم هذا البحث متجه بالنسبة الى من الاية اما بالنسبة الى قوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره فلا لانه اعتبر في نفس الواجب المفاد بلفظ على حاله الا ان هذه في النفقة والنفقة وبدي العرق بين النفقة والنفقة بناء على انها ليست مسلوكا بها مسلك الكسوة بل هي بدل نصف المهر او ان قوله تعالى بالمعروف الاية تفيد بالقدرتين اي على الموسع قدره وكذا الاخر وهذا الان المعروف ان لا يزيد في الكفاية عما يدفع للفقير **قوله** وهو الواجب اي الوسط هو الواجب بعد اعتبار حالها وقد يقال لا يتمشى في جميع اقسام تفسير قول الخصاف رحمه الله بل في اوساط الحال وفي اختلافهما باليسار والاعسار فان الواجب فوق الاعسار ودون نفقة اليسار وهذا وسط واما في يسارهما فيمكن ان يقال يجب نفقة هي وسط في اليسار واما في اعسارهما فيجب ايضا نفقة وسط في الاعسار وهو بعيد فانه اذا فرض ان اعسارهما غاية في الاعسار فانما يجب لغاية لان اعتبار حاله او حالها لا يوجب غير ذلك والوجه ان المراد بالمعروف في قوله صلى الله عليه وسلم خذي

من ماله بالمعروف ما يكفيك وولدك بالمعروف فيستقيم فان المعروف في متوسطة الحال ان كفايتها دون
كفاية الغاية يجب ذلك بيساره وعند غاية اعسارها واعساره المعروف دون المتوسط فيه والحاصل
ان على القاضي اعتبار الكفاية بالمعروف فيما فرض في كل وقت وباعتبار الحال من اليسار والاعسار كما يفرض لها
قدر الكفاية من الطعام كذلك من الادام لان الخبز لا يؤكل الا بادام وما **قوله** لان ما وجب كفاية لا يتقدر شرعا
في نفسه لانه يختلف باختلاف الطباع واحوال الناس وباختلاف الاوقات وفي المبسوط وكل جواب عرف
من اعسار حاله او هما في النفقة ففي الكسوة مثله واذا اختلفا في اليسار والاعسار فالقول قول الزوج
في العسر كذا في الاصل واشار بقيد الاسلام الى ان القول قوله انه قادر وهو ما ذكر محمد في الزيادات
ومن المتاخرين من قال ينظر الى زيه الائق العلوية والنقاوة واذا كان القول قوله وابينة لها فسالت القاضي ان
ان يسأل عن يساره في السر فليس ذلك على القاضي وان فعله فانما عنه انه موسر لم يفرض عليه نفقة
الموسر الا ان يخبره بذلك عدلان انما يعلمها بذلك ويكونا بمنزلة الشاهدين فان اخبراه من وراء وراء
لم يؤخذ بقولهما فان اقام البينة انه موسر فاقام الزوج انه محتاج اخذ بينتها وفرض عليه نفقة للموسر
كذا في الحاكم **قوله** حتى تقول الى منزله بعد ان النشوز المستقبل يسقط النفقة ماخوذ فيه
خروجها عن منزله والتحرير ان الماخوذ فيه عدم موافقتها على المجيء الى المنزل سواء كان بعد خروجها او
امتنعت عن ان تجيء الى منزله ابتداء بعد اتيانه محارمها او عدم تمكينها اياه من الدخول الى منزلها الملوك
لها الذي كانت تسكن معه فيه قبل ان قاله ان يحولها الى منزل او يكتري لها منزلا ان كانت سالته ذلك
ليستمتع بها فابى فمنعته الدخول كان لها النفقة وفي الفتاوى لو قالت انا خرجت لانك ساكن
في ارض مغصوبة لا تكون ناشزا وفي الفتاوى الصغرى لو كان يسير قتد وهو يخشى فمنعت الى ان اجنبيا
ليحملها اليه فابت لعدم الخروج لها النفقة **قوله** ليستمتع اي الا توطا وصرح في الذخيرة بان المراد من
الاستمتاع الوطي وبه قيد الحاكم قال لا نفقة للصغيرة التي لا تجامع فلا نفقة لها الى ان تصير الى حالة
تحمل الوطي سواء كان في بيت الزوج او الاب واختلفوا فيما قبل اقله تسع سنين وقال الخاجي اختارا مشايخنا
تسع سنين واحق عدم التقدير فان اصلا لم يختلف باختلاف البنية وعليه قول اكثر علمائنا جمهور العلماء والشافعي
في قوله المختار عندهم وفي قول له تجب وان كانت في المهد لاطلاق النص وهو قول الثوري والظاهرية
قلنا اما قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن فمرجع الضمير الوالدات فلا يتناول الصغار واما
قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته فانما فيه الامر بالانفاق يعني على من يستحق او ابقى على مستحقها
فتوقف من يستحق من خارج على انه لو صح بان الزوجات فيها كان المراد بعضهن الا يرى ان ليس كل زوجة
تستحق كالناشزة فيحمل في تعيين ذلك البعض بالدليل الذي بيناه واما حديث جابر فمتفق على ادخاله في
غير ما نحن فيه لان عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف لرجوع الضمير فيه النساء اللاتي حلت فروجهن وتقول الحجل
فرج من لا تطيق الجماع فانه اهلاك او طريقه ولو سلم فالانفاق على ان عمره عشر سنين او فان الناشزة
لها وهي زوجة فجاز تخصيصه بعد ذلك بالمعنى وساذكر في الوجه وحاصله ان زوجة اجنبية فاستحقاقها
النفقة اما ان يكون لذلك النوع من الملك الوارد على قصور الحافا للملك القاصر بالملك الكامل في الرتبة
او احتباسها لاستيفاء المنفعة المقصودة من النزويج اعني الوطء واعيه او احتباسا مطلقا لا يجوز
الاول لان ايجابها بسبب ملك كامل لا يستلزم ايجابها بسبب ملك ناقص اذ ليس هو في معناه والا لكان
ايجابها بالملك الكامل يقتضيه وهو موجود في الناقص فيجب فيه لذلك المشترى للملك ولو عبر ذلك المشترى
لكان احتباسا على احد الاوجه التي ذكرناها وبسنوده ما وجها وجها وايضا عوض الملك هنا المهر فلا تكون
النفقة ايضا عوضا والا اجتمع على المعوض الواحد عوضان وانما يمكن جعل العوض الواحد مجموع المهر والنفقة
كالمؤجل عليه الف وعلمان الملك معوض بنيف جملة وهو تمام العلة لعوضه فلابد من كونه عوضه
بنيفا بقدر ذلك وذلك المجموع النفقة لانها تجب شيئا فشيئا وان كانت جزاء من العوض لان جهالة احد

العوضين فانها تجب بحادث شيئا فشيئا وهو الاحتباس نظرا للبناية وهذا طريق المصنف وعليه هذا يجب
ان يقول النفقة في المرقومة ايضا جزاء الاحتباس لما هو من مقاصد ذلك الملك من الاستخدام الذي من جملته
الوطي ان امكن لا الملك وهذا احق الا يرى انه لا نفقة للابن مع قيام الملك ولا يجوز الاجير لاشتغاله بالناشزة
واما الثاني فهو العلة لظهور اثره في حق القاضي والمفتي والعامل على الصدقات ومتى تقدم وانما لم يقل
فتعين الثاني عقيب ابطال الاقتسام لئلا يكون سببا فلما انتفتا المناسبة بظهور الاثر لم يبق الا صورة السبر
وانا هو في الحقيقة اثبات علية ما عينوه بظهور اثره وابطال ما عينوه هذا وقد نقض بالرتقاء والقرنا
التي اصابها مرض يمنع الجماع والكبيرة التي لا يمكن وطيها لكبر فان لهن النفقة ولا احتباس للوطي واجيب
بان المعتبر في ايجاب النفقة احتباس ينتفع به الزوج انتفاعا مقصودا بالنكاح وهو الجماع او الدواعي
والانتفاع في حيث الدواعي موجود فيهن وهو ان يجامع فيما دون الفرج كلا في الصغيرة التي لا يجامع مثلها فانها
لا تكون مشتهاة اصلا فلا يجامع فيما دون الفرج حتى ان كل عاقل يستنكر جماع الرضيعة فيما دون الفرج ولا
يستنكر ذلك في العجوز المريضة فالوا فعل هذا التعليل اذا كانت صغيرة مشتهاة يكن جماع فيما دون
الفرج تجب النفقة كذا في الذخيرة وهذا يخلي من قيد الصغيرة بكونها لا تشتهى للجماع فرض محال لانها اذا لم تكن
بحيث تشتهى للجماع لا تكون مشتهاة للجماع فيما دون الفرج ثم قلنا ثمة وهو ان قولنا الصغيرة التي لا يوطا
مثلها هل معناه لا تشتهى للوطي او لا تطيق الوطي فان كان الاول فالملازمة حقه وان كان الثاني فان ثبت
التلازم بين عدم الاطاقة وعدم الاشتهاء فكذلك والا فهو فرض صحيح والظاهر التلازم بناء على ان المراد عدم
الاطاقة مطلقا او من واحد ممن يطيق الوطي فالظاهر ان من كانت بحيث تشتهى للجماع فيما دون الفرج فهي
مطيقة للجماع في الجملة وان لم تطقه من خصوص زوج مثلا فتجب لها النفقة ومن لا فلا تجب لها نفقة وفي
خزانة الفقه للفقيه ابي الليث عشر من النساء نفقة لهن الصغيرة التي لا تحمل الجماع والناشزة اذا لم يكن
لها عليه مهر واذا غصبها ظالم فذهب بها والمحبوسة في دين والمسافرة بحج اذا لم يكن معها زوجها والامة اذا لم
سوها مولاها والمكروهة نفسها فاسدا والمرتدة والمتوحشة عن زوجها والمراة اذا قبلت ابن زوجها او اباه
بشهوة **قوله** وان كان صغيرا لما ذكر حكم العجز من الطرفين منفردا ولم يذكر حكمه عن الطرفين
جميعا بان كانا صغيرين لا يطيقان فلو اعتبر جانبه يجب ولو اعتبر جانبها لا يجب وفي الذخيرة لا نفقة
لها واكثر مشايخنا ذهبوا الى ان يحمل المنع من قبله كالمعدوم فالمنع من جهتها قائم ومعه لا تستحق النفقة
وعن هذا قلنا اذا تزوج المجبوب صغيرة لا تفرض لها نفقة ولا يخفى ان هذا يمكن عكس هذا الكلام
فيقال يحمل المنع من جهتها كالمعدوم فيجب لما ذكر والتحقيق ان النفقة لا تجب لا لتسليم الاستيفاء مع قيام
المقصود بذلك التسليم فيه ووجوبها معه وجودا وعدما فلا تجب في الصغيرة وتجب في الكبيرة تحت
الصغير **قوله** وعن ابي يوسف لها النفقة اي في صورتي حبسه وعجزه لانه امتنع من جهتها واختاره
السعدي والعتابي على الاول وهو قول محمد لان النفقة عليه عوض عن احتباسه اياها عنده اذ افات
الاحتباس من جهته حقيقة وحكما وهو الموجب ليس غير فعند عدمه ينعدم الحكم ونظيره ما لو غصب المعين
من يد المستاجر لا يجب الاجر عليه لفوات التمكن من الانتفاع لا من جهة المستاجر وان لم يكن من جهته الاجر على
ما لو حبس هو ظلما او في حق يقدر على ايفائه او لا يقدر او هرب او ارتد او اسلمت او ابى هو الاسلام او طلقها
بعد الدخول وكذا كل فرقة جاءت من قبلها يحق لا تسقط النفقة كالفرقة بخيار العتق والبلوغ وعدم الكفاءة
او بسبب الحج والعدة ما دامت في العدة حيث تجب لها النفقة لفواتها من جهته حقيقة او معنى
وان لم يكن له تحمل فيه **قوله** وكذا ابى ابو حنيفة لها النفقة اذا خرجت مع محرم بخلاف ما اذا حجت مع الزوج
فان لها النفقة اتفاقا **قوله** لان اقامة الفرض عذر قلنا نعم ولكنه من جهتها والاحتباس الغائب
انما يحمل باقيا تقديرا اذا كان الفوات من جهته ثم اذا وجبت عليه فالواجب نفقة الحضر بان يعتبر ما كان

قيمة الطعام في الحضر فيجب دون نفقة السفر لان هذه الزيادة لحق بادمي فتسقط لها ولا يكون على الزوج كما لو مريضة التي لا يستحق المداواة عليه **قوله** لما قلنا اي من نفقة الحضر هي المستحقة واجمعوا على ان الصوم والصلاة لا تسقط النفقة **قوله** وهما اي ديباجا استمتاعا ويدخل في مسمى كذلك الجماع فيما دون الفرج والقبلة وغيرهما وكان الاحباس الموجب قائما وكذلك الرتقاء والقرناء على ما ذكرنا لحصول الانتفاع بالدواعي والاستيناس والله اعلم **قوله** قالوا هذا حسن وفي لفظ الكتاب اشارة اليه وهو قوله وان مرضت في منزل الزوج وهو عبارة عن تسليم نفسها ثم طرء المرض واعلم ان اشارة الكتاب هذه مبنية على ما اختاره من عدم وجوب النفقة قبل التسليم في منزله على ما قدمه من قوله النفقة واجبة للزوجة على زوجها اذا سلمت نفسها في منزله وقدمنا انه مختار بعض المشايخ ورواية عن ابي يوسف وليس الفتوى عليه بل ظاهر الرواية وهي الاصح تعليقا بالعقد الصحيح ما لم يمنع نشوز او المستحسن لهذا التفصيل هم المختارون لذلك عن ابي يوسف وهن قولها المختار وجوب النفقة لتحقق الاحتباس بما هو من سنا صد النكاح من الاستيناس والاستمتاع بالدواعي وهو ظاهر الرواية قال في الاصل نفقة المراة واجبة على الزوج وان مرضت او جنت او اصابها بلاء يمنع من الجماع او كبر حتى لا يستطيع جماعها وفي شرح الطحاوي اذا كبرت ولا تطيق الجماع او بها رتق يمنع الجماع او قرن كان لها النفقة وقال الحلواني قالوا اذا مرضت مرضا يمكن الانتفاع بها بوجه من الوجوه لتسقط النفقة وان كان مرضا يمكن الانتفاع بها بنوع انتفاع لا تسقط وهذا تقييد الاول قال في الخلاصة لو كانت مريضة ومعها زوجها او قبل الدخول او بعده يجب وفي الاقضية لو كانت مجنونة او رتقاء او قرناء تجب وفي الجامع الكبير سواء صابتها هذه العوارض بعدما انتقلت الى بيت الزوج او قبله فيها اذا لم تكن مانعة نفسها وهذا جواب ظاهر الرواية وعن ابي يوسف النفقة للرتقاء والمريضة التي لا يمكن وطؤها قبل ان ينقلها وان انتقلت من غير رضاه يردها الى اهلها اما اذا نقلها هو الى بيته مع علمه بذلك لا يردها الى اهلها انتهى كلامه من الخلاصة وبه يظهر لك ما حكمناه فيمن اختار قول ابي يوسف في التي مرضت في منزله اذ انظار لها مرضها تعتبر كالرتقاء فيما **قوله** وتفرض على الزوج النفقة الى اخره قال الصفار والمراد بهذا بيان نفقة الخادم وهو احتراز عن تكرار نفقتها وما يخفى ان شامل ان التكرار ليس بلازم اصلا ليحتاج الى الاعتذار عنه فان ما تقدم ليس الا بيان وجوب النفقة للزوجة على زوجها وبيان وجوبها ووجوبها ليس نفس بيان جواز الفرض للقاضي وجوازه له وانما هو ملزومه فان الفرض قد تتخلف مع قيام وجوب النفقة بدليل ما في الاقضية الرجل اذا كان صاحب ماشية وطعام كثير تمكن من تناول قدر كفايتها ليس لها ان تطالب زوجها بفرض النفقة وان لم يكن على هذه الصفة يفرض اذا طلبت فاذا قد كفايتها ان افرض فالرجوع هو الذي يلي الافتاء الا اذا ظهر عند القاضي مطله فحينئذ تفرض النفقة ويامره ان يعطيها لتنفق على نفسها فان لم يعط حبسه كذا في الخلاصة وفتاوى الصدر الشهيد في المجموع من نفقتها ونفقة خادمها من حيث هو مجموع فعند عدمه ينتفي الفرض لكن بانتفاء فرض نفقة الخادم لا يعتبر في الفرض الاصح والايسر في المحترف يوما بيوم اي عليه ان يدفع نفقته يوم بيوم لانه قد يقدر على تحصيل نفقة شهد مثلا دفعة وهذا بناء على ان يعطيها مجملا كل يوم عند المساء من اليوم الذي يلي ذلك المساء لتتمكن من الصرف في حاجتها في ذلك اليوم وان كان تاجرا فرض عليه نفقة شهر شهرا ومن الدهاقين نفقة سنة لبسته او من الصناع الذي لا ينتفي عمله الا بانتفاء الاسبوع كذلك ولو فرض عليه اكثر من قدر حاله له ان يمتنع عن اعطاء الزايد وفي الاقضية يفرض الادام اعلاه اللحم وادناه الزيت واوسطه اللبن وفضل في الفقير لا يفرض الادام الا اذا كان خبز شعير والحق الرجوع في ذلك الى عرفهم وبعتبر فيما على الزوج الحطب والصابون والاشنان والدهن للاستصباح وغير وعن ابي حنيفة ما الوضوء عليها فان كانت غنية تستاجر من تنقله وتنقله بنفسها وان كانت فقيرة فاما ان تنقل الزوج لها او يدعها تنقل بنفسها وعن ابي الاشتباك على الزوج في الفتاوى لانه سوء الجماع وفي كتاب رزين جعله عليها وفصل في ماء الطهر

من الحيض بين ان يكون حيضها عشرة ايام فعليها او اقل فعليه واجرة القابلة على من استاجرها من الزوجة والزوج فان جاءت بغير استيجار فلقائل ان يقول عليه لانه سوء الجماع وللقائل ان يقول عليها كاجرة الطبيب وفي المحيط اذا كان للزوج على امرأته دين فقال احسبوا لها من نفقتها كان له ذلك بخلاف سائر الديون حيث تمنع المقاصة وان لم يتقاضاها وتفرض من الكسوة كل سنة اشهرا لا اذا تزوجها وبنى بها قبل ان يبعث اليها الكسوة فان لها ان تطالبه بها قبل مضي ستة اشهر والكسوة كالنفقة في انه لا يشترط مضي المدة وللزوج ان يدفع الى القاضي ليامرها ان تلبس الثوب لان الزينة حقه والى ان فرض لها كسوة ستة اشهر فتخرقت قبل مضيها ان لبست لبسا معتادا تبين ان ذلك لم يكن فيجود لتبين خطاه في التقدير وان تخرقت بخرق استعمال لا يفرض لها اخرى بخلاف المحارم ولو لم تلبس حتى مضت ستة اشهر تفرض لها اخرى بخلاف المحارم كذا في الاقضية ولو كانت تلبس يوما دون يوم فيرى ان جدد لها الكسوة اذا فرغ الفصل ولو لبست دايا ولم تخرق لم يجدد لها اذا فرغ الفصل ولو فرض لها دراهم فبقيت كلها بعد انقضاء المدة او بقي منها شيء في الشهر الاخر ايضا يفرض وفي المحارم لا يفرض وفي ادب القاضي للخصاف يفرض قميص ومقنعة وملحفة وتزاد في الشتاء سراويل وجبة باعتبار عسرته وليسره ذكر الخصاف السراويل في كسوة الشتاء دون الصيف ولم يذكره محمد اصلا قال السرخسي لم يوجب محمد الازار لانه للخروج وليس لها ذلك ولهذا لم يوجبوا لها المكعب والخف انتهى وقيل اختلاف عرف والعرف ايجاب السراويل في الصيف والشتاء لابسه في البيت فالقاضي ينظر الى عرف كل قوم فيفرض بالعرف فعلى المعسر قال محمد درع يهودي وملحفة رظيه وخمار سابوري ارخص ما يكون مما يلبس في الشتاء وعلى الموسر درع يهودي او هروي وملحفة دينورية وخمار ابريسم وكساء ادربجاني ولها في الصيف درع سابوري وملحفة كتان وخمار ابريسم فذكر في الاصل الدرع والخصاف القميص وهما سواء الا ان القميص يكون مجيبا من قبل الكتف والدرع من قبل الصدر ويجب لها في الشتاء اللحاف وفراش النوم وفي كسوة الخادم ذكروا الازار والخف والمكعب وفي الخلاصة هذا في ديارهم بحكم العرف اما في ديارنا يفرض المكعب وينبغي ان يكون لها فراش على حدة وينبغي ان يكتفي بفراش واحد لها لانه قد تنفرد في الحيض والمرض في الآخر فراش لك وفراش لاهلك وفراش للضيف والرابع للشيطان واذا ارسل ثوبا فاختلفا فقالت هديه وقال من الكسوة فالقول له فان اقاما البينة على اقرارها بما يدعي الآخر او على نفس ما دعاه فالبينة بينة الزوج لانه هو المدعي للقضاء ولذا في ولو لم وقالت هدية وقال نفقة او قال من المهر وقالت نفقة وكذا في جميع قضاء الديون اذا كانت من وجوه مختلفة **قوله** ووجهه ان كفايتها الى اخر ظاهر من الكتاب ثم اهل بيت اراد بالخادم مملوكها اذ لا يتم منه قال بعضهم المملوك فلو لم يكن لا يستحق وقال بعضهم كل من يخدمها حر كانت امة او غيرها وفي الفتاوى الصغرى لو كانت المنكوحة امة لا تستحق نفقة الخادم ونفقة الخادم لبنات الاشراف ويوافقه ما قيد به الغنية ابو الليث كلام الخصاف حيث قال في ادب القاضي فرض ما تحتاج اليه من الدقيق والدهن واللحم والادام فقالت لا اجيء ولا اعجن ولا اعالج شيا من ذلك لا تجبر عليه وعلى الزوج ان ياتي بمن يكفيها عمل ذلك قال الغنية هذا اذا كان بها علة لا تقدر على الطبخ والخبز او كانت ممن لا تباشر ذلك بنفسها فان كانت ممن تخدم نفسها وتقدر على ذلك لا يجب عليه ان ياتيها بمن يفعله وفي بعض المواضع تجبر على ذلك قال السرخسي لا تجبر ولكن اذا لم تطبخ لا يعطيها الادام وهو الصحيح وقالوا ان هذه الاعمال واجبة عليها ديانة ولا يجبرها القاضي على ما سنذكره ايضا ان شاء الله تعالى **قوله** وقال ابو يوسف كما مر وهكذا ذكر في فتاوى اهل سمرقند ووجه الدفع ظاهر من الكتاب **قوله** ولانه لو سوغ لها الرجوع كفاها بنفسه خدمة كان كافيا فتمنع هذا على رواية عن ابي يوسف في الاقضية لو قال الزوج انا اخدمها عن ابي يوسف لا يقبل منه ذلك وقال

بعض مشايخنا بقبل وعن ابي يوسف في رواية اخرى اذا كانت غائبة في القرى فرفعت اليه مع حضور كفيل استحقت نفقة المثل عليه وهي رواية هشام عن محمد واختارها الطحاوي **قوله** خلافا لما يقوله محمد رحمه الله وهو انه اذا كان لها خادم يخدمها لا تكتفي بخدمة نفسها فيفرض لها وان كان معسرا وجه الظاهر انها حيث تكتفي بخدمة نفسها واما الخادم لزيادة التنعيم فلا يلزمه الا حالة اليسار وان المعسر انما يلزمه ادنى الكفاية فقط وهذا يخالف ما ذكر المصنف من لزوم اعتبار حالها وانه عند اعساره دونها ينفق بقدر حاله والباقي دين عليه وقياسه انه يجب نفقة الخادم دينا عليه ولم يكن للمرأة خادم لا يجب لها نفقته ان استحقتها لدفع حاجتها وحاجتها الى نفقة الخادم انما تتحقق عند وجوده وصار كالقاضي اذا لم يكن له خادم لا يستحق نفقة الخادم في بيت المال والطحاوي اذا شهد الوثيقة للمرتهن واعتنى عنا الفارس فيسهم له سهم للفرس والله اعلم ولو كانت له اولاد لا يكفيهم خادم واحد فرض عليه لخادمين او اكثر اتفاقا وفي التجنيس امرأة لها مماليك قالت لزوجها انفق علي من سهمي فانفق نفقات لا اعرفها من المهر ان استحقه منهم فانفق بالمعروف محسوب عليها لانه امرها **قوله** ومن اعسر بنفقة امرأته الخ اخره يقولها قال الزهري وعطاء بن ابي رباح والحسن البصري والثوري وابن ابي ليلى وابن شبرمة وحماد بن ابي سليمان والظاهرية ومعنى الاستدانة ان للمشتري الطعام على ان يؤدي الزوج ثمنه وقال الحصاف المشتراة بالنسيئة ليقضي الثمن من مال الزوج ويقول الشافعي قال مالك واحمد في ظاهر قوله وعنه رواية كقولنا وعلى هذا الخلاف العجز عن الكسوة والعجز عن المسكن وهذا التفريق فسخ عند الشافعي واحمد وطلاق عند مالك ولو امتنع عن الانفاق عليها مع اليسر لم يفرق ويبيع الحاكم عليه ماله ويصرفه الى نفقتها فان لم يجد ماله حبس حتى ينفق عليها وهو فسخ ومن هذا ما ذكر في الهداية حيث قال ثم اعلم ان ظهور العجز عن النفقة انما يكون اذا كان الزوج حاضرا اما اذا غاب غيبة منقطعة ولم يخلف لها نفقة فرفعت الامر الى القاضي فكتب القاضي الى عامل يريد التفريق بالعجز عن النفقة فرق بينهما هل تقع الفرقة قال الشيخ الامام ابو الحسن السغدي ثم اذا تحقق العجز عن النفقة فان صاحب الهداية في هذا الجواب نظر والصحيح انه لا يقع فقالوا لان العجز لا يعرف حالة الغيبة لجواز ان يكون قادرا فيكون هذا تركا الانفاق لا للعجز عنه فان رفع هذا الوقف الى قاض آخر فامضاه جاز فقاس والصحيح انه لا ينفذ لان هذا القضاء ليس في محل فيه لما ذكرنا ان العجز لم يثبت وذكر في الفصل الثاني من فصول الامام الاسترشني فتكون الشهود على مجازفتهم ولا يقضى بما ذكره ظهير الدين واعلم ان الفسخ اذا غاب ولم يترك لها نفقة بمكن بغير طريق اثبات عجزه لمعنى فقده ليجيء ما قال وهو ان ينفذ النفقة عليها فالقاضي ابو الطيب سئل ان فعيه اذا تعذرت النفقة عليها بغيبة ثبت لها الفسخ قال في الكلية وهو وجه جيد ولا يلزم مجيء ما قال ظهير الدين **قوله** لانه عجز الى آخره استدلوا بالمنقول والمعقول اما المنقول فما في سنن النسائي عن ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم وساق الحديث الى ان قال وابدا بمن تعول فقيل من اعول يا رسول الله قال امرأتك تقول اطعمني والا فارقني خادمك تقول اطعمني واستعملني وولدك يقول الى من تتركني هكذا في جميع نسخ النسائي وهو عنده من حديث سعيد ابن ايوب عن محمد بن عجلان عن زيد ابن اسلم عن ابي صالح عن ابي هريرة وسعيد ومحمد ثقتان وقال الدارقطني حدثنا ابو بكر الشافعي حدثنا محمد ابن مسعود بن مطر حدثنا شيبان بن فروخ حدثنا حماد بن سلمة عن عاصم عن ابي صالح عن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال المرأة تقول لزوجها اطعمني او طلقني الحديث قال الدارقطني حدثنا عثمان ابن حامد السماك وعبد الباقي ابن قانع واسمعيل بن علي قالوا اخبرنا احمد ابن علي الخزاز حدثنا اسحق بن ابرهيم الباوردي حدثنا اسحق بن منصور حدثنا حماد ابن سلمة عن يحيى بن سعيد عن سعيد ابن المسيب في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته قال يفرق بينهما وبهذا الاسناد الى حماد ابن سلمة عن عاصم ابن بهدلة عن ابي صالح عن ابي هريرة عن النبي

صلى الله عليه وسلم مثله وقال سعيد بن منصور في سننه حدثنا سفيان عن ابن الزناد قال سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته أيفرق بينهما قال نعم قلت سنة قال سنة وهذا يصرف الى سنة صلى الله عليه وسلم وغايته ان يكون من مراسيل سعيد والشافعي يقول بها وانتم تقولون بالمرسل مطلقا واما المعتزلة فالقياس على الجب والعنة بل الاولى لان البدن بقي بلا وطء ولا بقي بلا قوت وايضا منفعة الجماع مشتركة بينهما فاذا ثبت في المشترك جواز الفسخ لعدمه ففي المختص بها اولى وقياسا على المرتوق فانه يبيعه اذا اعسر بنفقته **قوله** ولنا المنقول والمعنى ان المنقول قوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة وغاية النفقة ان تكون دينا في الذمة وقد اعسر بها الزوج فكانت المرأة مأمورة بالانظار بالنص واما المعنى فهو ان في الزام الفسخ ابطال حقه بالكلية وفي الزام الانظار عليها والاستدانة عليه نظر حقا دينا عليه واذا دار الامر بينهما كان النظر اولى وبه فارق الجب والعنة والمملوك لان حق الجماع لا يصير دينا على الزوج والنفقة المملوك تصير دينا على المالك وخص المملوك ان في الزام بيعه ابطال حق السيد لانه خلف عن الثمن فاذا عجز عن نفقته كان النظر من الجانبين في الزامه بيعه اذ فيه تخليص المملوك من عذاب الجوع وحصول بدل القائم على ملكه للسيد بخلاف الزام الغرفة فانه ابطال حقه لا الى بدل ولا يجوز بيعها لان الاجماع على انها لو كانت ام ولد لم يجز بيعها لعجز الزامي عليه واما المروي عن سعيد بن المسيب في قوله انها سنة فلعله يريد سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد ثبت عنه اطلاق مثل ذلك غير مريد به ذلك قال الطحاوي كان زيد ابن ثابت يقول المرأة في الارش كالرجل الى ثلث الدية فاذا زاد على الثلث فهي على النصف من الرجل قال ربيعة بن عبد الرحمن قلت لسعيد بن المسيب ما تقول في من قطع اصبع امرأة قال عشر من الابل قلت فان قطع اصبعين قال عشرون من الابل قلت فان قطع ثلاثا قال ثلاثون من الابل قلت فان قطع اربعا من اصابعها قال عشرون من الابل قلت سبحان الله لما كثر ألمها واشتد مصابها قل ارشها قال انها السنة قال الطحاوي لما كان ذلك الحكم زيد بن ثابت حتى جعله سنة فيكون ما قاله اعتمادا على ما عن ابي هريرة موقوفا عليه هذا بعد تسليم صحته والا فقد روي عن سعيد كقولنا فاما طرق المروي عنه ذكره ابن حزم وابن عبد البر واما المروي عن ابي هريرة مرفوعا عند النسائي والدارقطني فلا شك في ان رفعه غلط وانما هو من قول ابي هريرة روى البخاري في صحيحه من حديث ابي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم افضل الصدقة ما ترك عنا ما كان عن ظهر غنا واليد العليا خير من اليد السفلى وابدا بمن تعول المرأة اما ان تطعمني واما ان تطلقني ويقول العبد اطعمني واستعملني ويقول الولد الى من تدعني قال يا ابا هريرة هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا هذا من كيس ابي هريرة فثبت انه موقوف عليه بلا شبهة ثم ليس في قول ابي هريرة هذا ما يدل على ان الزوج يلزم بالطلاق وفيه وهو كلام عام منه لا يخص المعسر والموسر واحتلاف ان الموسر اذا لم يطلق لا يجبر على الفراق بل يحبس على احد الامرين عينا وهو الانفاق فعلى هذا لو سلم انه من كلام النبي صلى الله عليه وسلم فما رواه الدارقطني كان معناه الارشاد الى ما ينبغي مما يدفع به ضرر الدنيا مثل ما شهدوا اذا تبايعتم يعني ينبغي ان يبدأ بنفقة العيال والا فالزوج مثل ذلك وشورا عليك اذا استهلت النفقة لغيرهم كما ذكرنا واما ما تقدم من رواية الدارقطني عن ابي هريرة وقال مسلم فليس المراد مثل ما يليه من قول سعيد ابن المسيب بل مثل ما قبله من حديث ابي هريرة الذي سبق ذكره من رواية النسائي ورواية ذكره بن البطان في الوهم والايهام **قوله** اما الفرقة بعجز الزوج وان لم يرض فلان في النفقة فائدة الامر بالاستدانة ان لصاحب الدين ان يأخذ دينه من الزوج او من المرأة وبدون الامر بالاستدانة ليس لرب الدين ان يبيع على الزوج بل عليها وهو نص على الزوج وهذا لان الاستدانة اوجب الدين عليه منها وليس لها

عليه هذه الرواية وفايدة اعتبار وهي الا تسقط بموت احدهما في الصحيح خلاف القضاء وحد على ما سنذكر
انشاء الله تعالى وفي شرح المختار للمراة المعسر اذا كان زوجها معسرا ولها ابن من غني موسرا او اخ فنفقتها
على زوجها دون من الابن او الاخ بالانفاق عليها ويرجع به على الزوج اذا ايسر وحبس الابن او الاخ اذا امتنع كان
هذا امر المعروف قال شارح الكنز تبين بهذا ان الاداء لنفقة اذا كان الزوج معسرا وهي معسرة يجب
على من كان يجب عليه نفقتها لولا الزوج وعلى هذا لو كان للمعسر اب موسر ولم يقدر على نفقتهم يجب
على من يجب عليه لولا الاب كالام والاخ والعم ثم يرجع به على الاب قوله ثم لها نفقة اليسار هكذا مشى
عليه ايضا صاحب الكنز بعد اعتبار حال الزوج والزوجة في وجوب النفقة فاعترض عليه شارحه فانه نوع تناقض
فان ما ذكره اول الباب قول الخصاف ثم بنى الحكم على قول الكرخي ولو كان مرضا على فذر حاله او حالها سواء
ثم على اليسار كان لها ان تطالبه بان تزيد في الفرض ولو كان على قلبه كان للزوج ان ينقص قوله
وما فرض له تقدير لنفقة لم تجب لان النفقة تجب شيئا فشيئا في المستقبل فلا تتقدر وحكم القاضي لم يخلص
مقدارا ولا له كان بشرط الاعسار وعلى تقدير وقد زال فتزول لبزواله قوله لم ينفق على ابان غاب
عنها او كان حاضرا وامتنع والحاصل ان نفقة لم تثبت دينا في ذمته الا بقضاء القاضي بفرض او اصطلاحها
على مقدار فانه تثبت ذلك المقدار دينا في ذمته دينا اذا البعلي وهو رواية عن احمد وفي رواية اخرى وهو
قول مالك والشافعي يصير دينا عليه الا ان كانت امن معه بعد الفرض فانها تسقط بالمضي عند مالك والشافعي
في الاصح قوله لانها صلة اي من وجه قوله ليست بعوض اي من كل وجه ووجه وذلك لانها
جزاء الاحتباس لمن حيث انه احتباس لاستيفاء حقه من الاستمتاع وقضاء الشهوة واصلاح امر المعيشة
والاستيفاء من العوض ومن هذا الوجه وجبت على الكامل ومن حيث انه لاقامة حق الشرع واصول شرعه
كاعفاف كل الاخر وتحصينه عن المفاسد وحفظ النسب وتحصيل الولد ليقيم المكلفين المشروعية هي صلة
كرزق القاضي والمتولي فلا تملك الا بالقبض فلاعتبار انها عوض قلن تجب اذا قضي بها او اصطلحا ولا يبقى
على نفسه اعلى من وجه القاضي عليه ولاعتبار انها صلة قلنا تسقط اذا مضت المدة من غير قضاء
ولا اصطلاح عملا بالدليلين بقدر الامكان وذكر في الغاية معزوا الى الذخيرة ان نفقة ماضي الشهر
لا تسقط فانه جعل القليل مما لا يمكن الاحتراز عنه اذ لو سقطت بمضي يسير من الزمان لما تمكنت
من الاحتراز اصلا وهذا من وقدم الوجه وقوله في الكتاب دلائل الوجوب فيما لا يتقاعد عما
عملنا لا صنه فيه من اثبات انه صلة من وجه مشترب على نزد ما بين الصلة المحضة والعوض المحض
ولو اختلفا فيما مضى من المدة من وقت التفاء القبول فقال الزوج والبينة بينة المراة ومن ادعى
على امراة نكاحا وهي تجحد فاقام البينة لا نفقة لها وكذا اذا كان الزوج هو المنكر والقياس ان يقبل
ينبغي ان تجب لانها صارت مكذبة شرعا وكذا الزوج والا لا تحلف ما فيه من الاضطرار ودفع باب
الفساد خصوصا عند اضطرارها للنفقة لحبسها قوله وان مات الزوج بعد ما قضي عليه بالنفقة
ومضى شهر وسقطت هذا التقييد لعدم السقوط بالقضاء حالة حياتها واطلقه فشمل ما اذا ان
كان القاضي امرها بالاستدانة اولم يامرها فوافق قول الخصاف والصحيح ما ذكر الحاكم الشهيد
انه اذا كان امرها بالاستدانة لا تسقط بالموت لان الاستدانة بامر من له ولاية ذمته
عليه عند دفع نفقتها له وهو القاضي فكان كاستدانته بنفسه فلا يسقط بموت احدهما
وعلى هذا الخلاف سقوطها بعد الامر بالاستدانة بالطلاق والصحيح لا يسقط قوله
من النفقة صلة والصلة تبطل بالموت قلنا قيل قد قلتم انه استحكم هذا الدين بحكم القاضي
وجعلتموه موكدا للاستحقاق كالقبض في الهبة فينبغي ان يبقى الوجوب بعد الموت كالهبة
المقبوضة فالجواب ان بالقضاء لا تبطل معنى الصلة بل يوجب ما كان هذه الصلة تقصر صلة
كغير الصلة واذا كان معنى الصلة باقيا اثر الموت في سقوطه بسبب انه يبطل الاهلية

بالكلية

بالطلبة فكان اقرب في ابطاله الصلة فيحتاج للاستحكام على وجه يلزم بعد الموت الى زيادة وهو
الامر بالاستدانة وفي حال الحياة لم تبطل الاهلية فيستحكم بمجرده التاكد بالقضاء بها فرع
ابرا الزوجة من النفقة هل يصح ويلزم ان كانت غير مفروضة لا يصح لانه ابرا قبل الوجوب
وان كان القاضي فرضها كل شهر كذا او كذا صح في الاشهر الاول فقط وكذا لو قالت ابرا تك
من نفقة سنة لا يبرا الا من شهر الا ان يكون فرض لها كل سنة كذا لان القاضي اذا فرض كذا كل شهر
فانما فرض بها تجدد الشهر فالم تجدد لم تجدد الفرض وما لم تجدد الفرض لم تجب نفقة الشهر
فلا يصح الابراء عنها ولو ابرائه بعد ما مضى شهر عما مضى وعما يستقبل يرى عما مضى دون شهر فيما يستقبل
قوله وما بقي للزوج فتردده وكذا تزوجه قيمة المستهلك وما تزوجه قيمة الهالك بالانفاق والفتوى
على قولهما والموت والطلاق قبل الدخول سواء في نفقة المطلقة اذا مات الزوج اختلفوا فقيل
تسقط وقيل لا تسقط بالاتفاق لان العدة باقية بجميعه كذا في الاقضية قوله وما رجوع في العلة
بعد الموت خلافا للقاضي وخلافا لان تصرف الامام في بيت المال مقيد بشرط النظر والنظر ان يوفر منه
ويعطي لمن يبلى بعده من القضاة قوله وعن محمد وهو رواية ابن رستم عنه لها نفقة
الشهر وما دونه فلهذا وضع في السنة حتى لا يكون فيها خلاف عن محمد وكذا لو قبضت نفقة الشهر
فمات احدهما او ابانها في شهر فاضل لا يرجع بشيء وفي الذخيرة نفقة العدة تسقط بمضي المدة كنفقة
النكاح فلو فرض لها نفقة فلم تقبضها حتى انقضت عدتها لم يذكر محمد وهل يقاس على الموت قال
الحلواني فيه كلام وفي الخلاصة من الفتاوى الصغرى عن الحلواني قال المختار عندي انها تسقط قوله
نفقتها دين عليه اي اذا فرض القاضي بها فيباع فيها فاذا اشتراه من علم به او لم يعلم ثم علم فرض ظهر السبب
بحقه ايضا فاذا اجتمعت عليه النفقة مرة اخرى فباع ثانيا وكذا حاله عند المشتري الثالث وهلم
جرا او باع مرة بعد اخرى الا دين النفقة لانها تجدد شيئا فشيئا على حسب تجدد الزمان على وجه
يظهر في حق السيد فهو في الحقيقة دين حادث عند المشتري واما اذا لم يعلم المشتري بحاله او علم بعد الشرا
ولم يرض فله رده لانه عيب اطلع عليه قوله باذن الولي لانه لو كان بغير اذنه فلا نفقة لها ولا
مهر لعدم الصحة ولو دخل بها طاب بالمهر بعد العتق ولو مات العبد بعد النكاح الصحيح والفرض سقطت
النفقة والمهر ولا يطالب المولى في شيء للحال محل الاستيفاء ولو كان مدبرا او مكاتبا او ولد ام
ولد لا يباع بالنفقة لعدم جواز البيع الا ان المكاتب اذا عجز يباع حينئذ قبل النقل هذا ولا
نفقة تجب لولد العبد عليه وان امه ان كانت امة فالولد عبد لمولاها فنفقته على الولي ان كانت
حرة فولده حر ولا تجب نفقة حر على مملوك ولا على مولاه لان ولده اجنبي منه وكذا المكاتب لا تجب عليه نفقة
ولده سواء كانت حرة او امة لهذا المعنى واذا كانت امراة المكاتب معاتبة وهي لمولى احد فنفقة الولد
على الام لان الولد تابع للام في نكاحها حتى كان كسب الولد لها وكذا ارش الجناية عليه قوله في الصحيح
احترازا عما عن الكرخي ينتقل الى قيمته لانها خلفه قال الشيخ ابو الحسن العتدوري هذا اليس بصحيح
لان النفقة تسقط بالموت لانها في معنى الصلة والصلة تبطل بالموت قبل القبض والقيمة ان تقام
مقام الرقبة في دين لا يسقط بالموت قوله وان تزوج الحرة امة قيد الحرائي لانه لا فرق بين الحر
والعبد والمدبر والمكاتب في عدم وجوب النفقة قبل النبوية واما خصه بالذكر ليعلم الشق الثاني في الباقي
بطريق الاولى بانه اذا وجب على الحر الذي هو اوفر حظا في اهلية وجوب المال عليه فلان يجب على من
ذكر قوله لعدم الاحتباس اي من الزوج والمنع من السيد وان كان لحقه لا تجب معه الموجب وهو احتباس
الزوجة والموجب غير متخلف منها فتسقط لحقهم كالمهر فان فوات الاحتباس الموجب من قبل الزوج
يجعل ثابتا منا كذلك قوله والنبوية غير لازمة على مر في النكاح في باب نكاح الرقيق ولا
شك ان حق الاستخدام يتجدد بتجدد المنافع التي تتجدد على ملكه فاذا ابوا فقد ترك حقه ما دام لم

ليسترد ها واسترداد ها بعد ذلك ليس رجوعا فيما استقط بل طلب حقه فيما يستقبل او الحال وله ذلك
ولذا كان له ان يبرئها ثم ليسترد كما تقدم وعلم جوابه فلما استردها سقطت فاذا رجع
فلها اجرها وجب ولو خدمت المولى احيانا من غير استخدام واسترداد لا تسقط نفقتها لانه لم تبطل
التبوية بذلك لعدم الاسترداد **قوله** والمدبرة ام الولد في هذا اي في وجوب النفقة على الزوج
بشرط التبوئة كالامة ولم يذكر مهرها الكاتبة لانها في استحقاق النفقة اذا تزوجت باذن المولى
كالحرة لاختصاصها بنفسها ومنافعها بحكم عقد الكتابة **قوله** ليس فيها احد من اهله
واما امته فتقبل ايضا ليسكنها معه الا برضاها والمختار ان له ذلك لانه يحتاج اليه لاستخدامها في كل وقت
فاذا انفرد ها في بيت امكن من ذلك غير انه لا يطأ وها لحضرتها كما انه لا يحل له وطء زوجته لحضرتها
او لحضرة الفرج **قوله** معتدة بائنا بالنفقة في قوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم فان المراد
انفقوا عليهن من وجدكم وكذلك قرأ ابن عباس والسكنى بالملك او الاجارة او العارية واجبة اجماعا
قوله ليس له ان يسكنه معها قيل الا ان يكون صغيرا لانهم اجمعوا انه لا سكنى معها **قوله** و
ولو اسكنها في بيت من الدار معزول له غلق كنفها اقتصر على الغلق فافاده انه وان كان الخلا مشتركا بعوان
يكون له غلق يخصه وليس لها ان تطالبه بسكنى احد وبه قال القاضي الامام لان الضرر يخاف في المتاع
وعدم التمكن من الاستمتاع فدل ان لا بد من كون المراد الخلا مشتركا بينهم وبين غير الاجانب والذي في شرح
المختار ولو كانت في الدار بيوت وابت ان تسكن مع ضرتها او مع احد من اهله ان اخلى لها بيتا وجعل له مرافق
وغلقا على حدة ليس لها ان تطالب بيتا ولو شكت انه يضربها او يؤذيها اذا علم القاضي ذلك زجره وان لم يعلم
سأل من جيرانه فان لم يوثق بهم او كانوا يميلون اليه اسكنها بين اقوام اخيار يعتمد القاضي على خبرهم **قوله**
لما فيه ابو المنع من المكالمة من قطيعة الرحم في الصحيح لا يدخل الجنة قاطع وفيه من حديث ابي هريرة قال قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم الرحم شجنة من الرحمن قال الله من وصلك وصلته ومن قطعك قطعته والشجنة
بكسر الشين وضمها قال ابو عبيد قرابة مشتبكة كاشتباك العروق وقال الخطابي يعني بالشجنة الوصلة
قوله وقيل يمنعها من الخروج لحق الوالدين وتمنعهما من الدخول عليها في كل جمعة ظاهر الخلاصة ان في
كل جمعة يتصل بكل من خروجها ودخوله فانه قال في الفتاوى للزوج ان يغيب المرأة على اربع خصال وما هو في
معنى الاربع ترك النوبة والزوج يريدها وترك الاجابة اذا دعاها الى فراشه وترك الصلاة وفي رواية
والغسل والخروج من البيت اما لا تمنع من زيارة الابوين في كل جمعة وفي زيارة غيرهما من المحارم في كل سنة
وكذا اذا اراد ابوها وقريبها ان يحجها على هذا الجمعة والسنة انتهى وقوله هو الصحيح احتراز عما ذهب
اليه بعض اصحابنا من انه يمنع المحرم من الزيارة في كل شهر ومن ابي يوسف في النوادر تقييد خروجها بان لا
يقدر على اتيانها فان كان لا يقدر ان على اتيانها لا تذهب وهو حسن فان بعض النساء يشق عليها
مع الاب الخروج وقد يشق ذلك على الزوج ويمنع فقد اختار بعض المشايخ منعها من الخروج اليهما وقد اشار
اليه قوله في شرح المختار والحق الاخذ بقول ابي يوسف ان كان الابوين بالصفة التي ذكرت وان لا يكونا كذلك
ينبغي ان يأذن لها في زيارتهما في الحين بعد الحين على قدر متعارف امثالها في كل جمعة فهو بعيد فان في كثرة
الخروج فتح باب الفتنة خصوصا اذا كانت شابة والزوج من ذوي الهيات بخلاف خروج الابوين فانه
ليس كذلك ابوها زمنا مثلا وهو محتاج اليها لخدمتها والزوج يمنعها من تعاهده فعليها ان تغضبه مثلا
كان الاب او كافرا وفي مجموع النوازل فان كانت كاسبة او عياله او كان لها حق على اخر لو لا خروجها
حق تخرج باذنه وبغير الاذن والحج على هذا وما عدا ذلك من زيارة الاجانب وعيادتهم والوليمة
لا يأذن لها ولا تخرج ولو اذن وخرجت كانا عاصيين وتمنع من الحمام فان ارادت الخدمة
في مجلس العلم بغير رضى الزوج ليس لها ذلك فان وقعت لها نازلة ان سأل الزوج من العالم
واخبرها بذلك ليسعها الخروج وان امتنع من السؤال يسعها ان تخرج من غير رضاه وان امنع لها

نازلة

نازلة ولكن اردت ان تخرج لتتعلم مسئلة من مسائل الوضوء والصلاة ان كان الزوج يحفظ المسائل
ويذكرها له ان يعلمها وان كان لا يحفظ الا بد ان يأذن لها احيانا وان لم يأذن فلا شيء عليه ولا يسعها
الخروج ما لم يبع لها نازلة وفي الخانية في باب النفقة المرأة قبل ان تقبض مهرها لها ان تخرج في حوائجها
وتزور الاقارب بغير اذن الزوج فان اعطاها المهر ليس لها الخروج الا باذن الزوج كانت او مسلمة
عبدة او حرة كانوا فجارا وكذا ابو كافر المجوسي في المحرم غير المراهق بخلاف المراهق وحد ثلاثة عشر او اثنتي
عشرة سنة ولا تكون المرأة محرما لامرأة وحيثما بحثنا لها الخروج فانما يباح بشرط عدم الريبة وتغير الهيئة
لما لا يكون داعية لنظر الرجال والاستمالة قال الله تعالى ولا تبرجن تبرج الجاهلية الاولى وقول
الفقيه وتمنع من الحمام فالمفتى فيه قاضي خان قال في فصل الحمام من شاء وه وخول الحمام مشدود للنساء والرجال
جميعا خلافا لما قاله بعض الناس روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل الحمام وتنور وخالد ابن الوليد دخل
حمام حمص لكن انما يباح اذا لم يكن فيه انسان مكشوف العورة انتهى وعلى ذلك فلا خلاف في منعهن من دخوله
للعلم بان كثيرا منهن مكشوف العورة وقد وردت احاديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم تؤيد قول القائلين
منها في النسائي والترمذي وحسنه والحاكم وصححه على شرط مسلم عن جابر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم
قال من كان يومن بالله واليوم الاخر فلا يدخل الحمام الا بمئزر ومن كان يومن بالله واليوم الاخر فلا يدخل حليلة
الحمام وعن عائشة قالت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الحمام حرام على نساء امتي رواها الحاكم وقال صحيح
الاسناد وورد استثناء النفساء والمريضة رواه ابو داود وابن ماجة عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله
عليه وسلم قال ستفتح عليكم ارض العجم وستجدون فيها بيوتا يقال لها الحمامات فلا يدخلنها الرجال الا بالمآزر
وامنعوا النساء الا مريضة او نفساء وفي سننه ابي داود عبد الرحمن ابن زياد بن انعم الافريقي وهو مختلف فيه
قال احمد ليس بشيء وقال ابن حبان يروي الموضوعات عن الثقات قال الحافظ المنذري وفيما قاله نظر
لم يذكره البخاري في كتاب الضعفاء وكان يتقوى امره ويقول هو مقارب الحديث وقال الدارقطني ليس
بالقوي وثقه يحيى ابن سعيد وروى عياش عن يحيى ابن معين ليس به باس وقال ابو داود وقال احمد بن
صالح ايجيء به يعني عبد الرحمن بن زياد فقال نعم **قوله** يعترف به وبالزوجية في حق الزوجة يعني ان يزيد
قوله وبالنسب في الولد والولد لانه رتب على ما ذكر من الاعتراف **قوله** فرض القاضي في ذلك
المال نفقة زوجة الغائب وولده الصغار ووالديه **قوله** ولكن اذا علم القاضي ذلك اي كلا
الامرين اما لو علم احدهما اصالة في القضاء بالدفع اليهما لما اقر من عنده او عليه في الصحيح دون البينة
قوله واقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه لا سيما فانه اولى ان يقبل اقراره على غيره
بثبوت حق الاخذ لها ما في يده او عليه اذا كان دينا وذلك لانه لا طريق لها الى اثبات حق الاخذ لها
ما في يده او عليه اذا كان دينا الا الاعتراف بخلاف عين فان الحق يثبت فيه بالبينة كما يثبت
بالاعتراف ولا سيما مركب من الكافية للجنس ومثلهم وهي شيء ومعناه المثل قال الشاعر
فايا كم وحية بطن واد ٭ هموس الناب ليس لكم بسي اي بمثل وشبيه وهو احد سيان من قولك
هما سيان واصله سيوي قلبت الواو ياء اما لسكونها بعد كسرة او اجتماعها مع الياء وسبق
احدهما بالسكون فان جردت ما بعد ما كزيد مثلا في قولك اكرمني الذي مررت بسيما زيد فهو على
ان سيا مضاف الى زيد ومازايدة مثل كتوله ٭ كما حرموا ان سوا ٭ واردوا الخير من الذي وردوا ٭ دارت
رفعته فعلى ان سيا مضاف الى ما وهو موصول اسمي حذف صدر صلته والتقدير مثل الذي
هو زيد وجاز كونه مضافا مع ان اسم لا يجب كونه نكرة لانه معنى مثل ومثل يتعرف بالاضافة وخبر
المحذوف واذا كان كذلك فلا لوجهين خروج عن الاصل في الجر بالزيادة من المضاف والمضاف اليه
وفي الرفع بحذف صدر صلة الموصول وهو انما يتسامح اذا طالت الصلة واختار المحققون الجر على الرفع
لان زيادة ما اوسع من حذف المبتدا مع ما يتم البيت من كونه في خصوص ذلك الموقع وقد يقال زيادة

ما في نفسه كثير ولكن سيق التقاضي بمنوع فتكافا واما نصب ما نجد ما قال ابن الدهان صاحب
الغرة لا المعرف له وجها وعن هذا لم يذكر ابن مطاير في فصوله في المستثنى بلا سيما سوى الجر
والرفع وذكر بيت امرئ القيس « الا رب يوم لك منهن صالح » ولا سيما يوم بدارة جلجل
بالوجهين ولم يذكر فيه النصب لكن قد روى النصب فيه ايضا فقيل على الظرف وقيل على التشبيه
بالمفعول وقيل مجموع لا سيما بمنزلة الا ومعنى الاخراج الذي تقتضيه الا فيها هو الاخراج من ذلك الحكم
بالثبات ما هو ابلغ منه فاذا قلت اكرمني القوم لا سيما زيد فقد اثبت له ابلغ من اكرامهم وقد
جاء تخفيفها بحذف احدى الياءين فقيل الاول لانها ساكنة وهو اضعف من التحزن فكان حذف الثاني
وقيل ان يه لانها لام والاصل في اللام اولى قوله واذا ثبت ما قرران ان حق الاخذ
عما يجب تعدي الى الغايب صورة اورد عليه طلب الفرق بين هذا وبين ما لو جاء صاحب الدين يطلب
او يدعي الغايب معترف بالدين والوديعة فانه لا يقضي عليه بالدفع الى صاحب الدين واجيب
بان القضاء يتبع النظر للغايب ففي الامر بالاقتضاء نظر له بابقاء ملكه الثابت بالنكاح وانما هو
في معنى نفسه اعني قرابة الولاد وليس في قضائه ذلك بل هو قضاء عليه بحق الغير قوله
فانه لا يباع على الحاضر حتى لو امتنع عن اداء الدين وعنده اموال غير الاثمان لا يبيع عليه القاضي بل يامره
ان يبيع هو وتقضى فان لم يفعل حبسه ابدا حتى يبيع لان البيع عليه محجر على العاقل البالغ
وعندهما يبيع على الحاضر اذا امتنع من البيع قوله ويلحق بالدين ما اعطاها النفقة ثم اذا جاء الغايب فهو
على حجته في اعطاء النفقة وفي كل موضع جاز القضاء بالدفع كان لها ان تاخذ بغير قضاء من مال له شرعا
اصله حديث هند امراة ابي سفيان المتقدم للغايب مال حاضر في بيته والقاضي يعلم الزوجية
الحق الاخذ منه والبيون هنا تقابل اينا والاين لا يمتنع لسبب الزوجية الا يرى ان من اقر
بدين ثم غاب وله مال حاضر من جنس الدين فطلب المقر له من القاضي الاين منه اجابه الى ذلك
قوله الا لهؤلاء وهم الزوجة والوالدان والولد الصغير ويستدرك عليه الاولاد الكبار الاناث
والذكور الكبار الزمنى ونحوهم لانهم كالصغار للعجز عن الكسب قوله فنفقتهم انما تجب
بالقضاء لان الوجوب ثابت بدليله قبل القضاء حتى كان عليه ان ينفق عليهم اذا كانوا فقراء
ديانة وانما المراد انه لما كان مجتهدا فيه قد يمتنع تمسكا بقول من يرى ان لا تجب النفقة
فلا تعين عليه قبل الوجوب الا القضاء به فينتفي تاويله ويتقرر في ذمته ويجبر عليه اذا امتنع
وفي الكافي لو انفق المديون او المودع نفقة هؤلاء بغير امر القاضي ممن المودع او بامر المديون
ولكن لا يرجع على من انفق عليه ولو اجتمع الدين والوديعة فالقاضي يامر بالانفاق من الوديعة
اولا لانه انظر للغايب فان الدين محفوظ لاحتمال الهلاك بخلاف الوديعة قوله وفي هذه
المسالة اقاويل مرجوع عنها منها قول ابي حنيفة اولا اذا جحد المديون او المودع الزوجية ليسمع
بينة على الزوجية لانها تدعي حقا في يده من المال بسبب فكان خصما في اثبات ذلك السبب
ممن ادعى عينا في يد انسان انه له استنوه من فلان الغايب ثم رجع الى انها لا تقبل منه
وهو قولها لانها تثبت النكاح على الغايب ومن يعتقد المال ليس خصما فيه ومنها ما قال زفر
رحمه الله من سماع بينتها على الزوجية ليفرض لها اذا لم يكن له مال حاضر او يامرها بالاستدانة
ثم رجع الى قولها وقول زفر في ذلك مشتهر ونقل مثل قول زفر عن ابي يوسف فتنوسي عمل القضاء
كحاجة الناس الى ذلك قوله وفي الفتاوى امراة قالت ان زوجي يطيل الغيبة عني فطلبت
كفيلا بالنفقة قال ابو حنيفة ليس لها ذلك وقال ابو يوسف اخذ كفيلا بنفقة شهر واحد استحسانا
وعلم الفتوى فلو علم انه يمكث في السفر اكثر من شهر اخذ عند ابي يوسف الكفيل باكثر من شهر وعن
ابي يوسف ايضا لو كفل بنفقة ما عاشت او كل شهر او ما بقي النكاح بينهما صح وقال ابو حنيفة هو على

شهر واحد ولو ضمن لها نفقة سنة جاز وان لم يكن واجبة ولو طلقها رجعيا او بائنا والمسالة
بحالها كفل بنفقة عدتها كل شهر لان العدة من احكام النكاح فصل قوله وقال الشافعي
رحمه الله والنفقة للمبتوتة وهي المطلقة ثلاثا والمختلعة اذا لا بينونة عنده بغير ذلك الا ان
تكون حاملا لقوله في رطبة ولنا حديث فاطمة بنت قيس رواه في صحيح مسلم اذا بانها ان حفص طلقها
البتة وهو غايب فارسل اليها وكيله بشعير فسخطته فقال والله ما لك علينا من شيء فجاءت رسول الله صلى الله
عليه وسلم فقال ليس لك نفقة وامرها ان تعتد في بيت ام شريك ثم قال تلك امراة يغشاها اصحابي
اعتدي عند ابن ام مكتوم فانه رجل اعمى تضعين ثيابك فاذا حللت فاذنيني فلما حللت
ذكرت له ان معاوية بن ابي سفيان وابا جهم خطباني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اما ابو جهم
فلا يضع عصاه عن عاتقه واما معاوية فصعلوك لا مال له انكحي اسامة بن زيد فنكحته فجعل الله
فيه خيرا واغتبطت به واخرجه مسلم ايضا وقال لا نفقة لك ولا سكنى ورواه ايضا وقال فيه
ان ابا حفص بن المغيرة خرج مع علي بن ابي طالب رضي الله عنه الى امراته فاطمة بنت قيس بتطليقة
كانت بقيت من تطليقتها وبعث هذا فتحمل رواية الثلاث على انه اوقع واصرح هي تمام الثلاث
وامرها الحارث ابن هشام وعياش ابن ابي ربيعة بنفقة فسخطها فقالا والله ليس لك نفقة
الا ان تكوني حاملا فاتت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له قولهما فقال لا نفقة لك زاد ابو داود في
هذا بانا وسلم عتيب قول عياش بن ابي ربيعة والحرث بن هشام ولا نفقة لك الا ان تكوني
حاملا وفي شرح الكنز لنسبة الى مسلم لكن الحق ما علمت وفي رواية لمسلم ان ابا حفص بن المغيرة المخزومي
طلقها ثلاثا ثم انطلق الى اليمن فقال لها اهله ليس لك علينا نفقة فانطلق خالد بن الوليد في نفر
كانوا رسول الله صلى الله عليه وسلم في بيت ميمونة الحديث والجواب ان شرط قبول خبر الواحد عدم طعن
السلف فيه وعدم الاضطراب وعدم معارض يجب تقديمه والمتحقق في هذا الحديث ضد كل من
هذه الامور اما طعن السلف فقد طعن عليها ابن عباس الصحابة ممن سنذكر مع انه ليس من عاداتهم الطعن
بسبب كون الراوي امراة ولا كون الراوي اعرابيا فقد قبلوا حديث فريعة بنت مالك بن سنان
اخت ابي سعيد الخدري في اعتداد المتوفى عنها زوجها في بيت وزوجها مع انها لا تعرف الا في هذا
الخبر بخلاف فاطمة بنت قيس فانا نعرف بذلك الخبر وخبر الرجال حفظه مع طوله وروعته وادته
ثم قد ظهر لها من الفقه اما افاده عمل وجلالة قدر وهو ما في صحيح مسلم من ان مروان ارسل الى فاطمة
بنت ذويب يسالها عن الحديث فحدثته به فقال مروان لم نسمع هذا الحديث الا من امراة سناخذ
بالعصمة التي وجدنا الناس عليها فقالت فاطمة حين بلغها قول مروان ان بيني وبينكم القرآن قال
الله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان ياتين بفاحشة مبينة الى قوله تعالى لا تدري
لعل الله يحدث بعد ذلك امرا قالت هذا لمن كانت له مراجعة فاي امر يحدث بعد ذلك فليف
يقولون لا نفقة لها اذا لم تكن حاملا فعلام يحبسونها وقتل عمر خبر الطاعن بن سفيان الضبابي
وحده وهو اعرابي بخبر سنا ان رد عمر بخبرها ليس الا لما علموه من رسول الله صلى الله عليه وسلم مخالفا
وقد استقر العمل عليه بعد وفاته صلى الله عليه وسلم بين السلف الى ان ردت فاطمة رضي الله عنها
هذا الخبر مع ان عمر لم يرده صرح بالروايه خلافه في صحيح مسلم عن ابن اسحق قال كنت مع الاسود
بن يزيد جالسا في المسجد الاعظم ومعنا الشعبي فحدثنا الشعبي بحديث فاطمة بنت قيس ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم لم يجعل لها سكنى ولا نفقة فاخذ الاسود كفا من حصبا فحصبه به وقال ويلك تحدث
بمثل هذا قال عمر لا نترك كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امراة لا ندري حفظت او نسيت لها
السكنى والنفقة قال الله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان ياتين بفاحشة مبينة
فقد اخبر ان سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لها النفقة والسكنى واريب في ان قول الصحابي

من السنة لذا رفع فكيف اذا كان تحايل عمر رضي الله عنه وفيما رواه الطحاوي والدارقطني زيادة قوله
سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمطلقة ثلاثا النفقة والسكنى وعقاري ما هنا ان تعارض روايتها
برواية فاي الروايتين يجب تقديمها وقال سعيد ابن منصور حدثنا معاوية حدثنا الاعمش عن ابرهيم
قال كان عمر رضي الله عنه اذا ذكر عنده حديث فاطمة قال ما كنا نقيد ديننا بشيء دقة امراة فهذا
شاهد على ان كان الدين المعروف المشهور وجوب النفقة والسكنى فينزل حديث فاطمة من ذلك
منزلة الشاذ والنفقة اذا شذ لا تقبل بما تشد فيه ويصوح بهذا ما في مسلم من قول مروان سنأخذ
بالعصمة التي وجدنا الناس عليها والناس اذا ذاك هم الصحابة فهذا في المعنى حماية اجماع الصحابة ووصفه
بالعصمة وفي الصحيحين عن عروة انه قال لعايشة الم تري الى فلانة بنت الحكم طلقها زوجها البته
فخرجت فقالت بئسما صنعت فقلت الم تسمعي الى قول فاطمة فقالت اما انه لا خير لها في ذكر
ذلك فهذا غاية الانكار حيث نفت الخير بالكلية عنه وكانت عايشة اعلم باحوال النساء فقد
في رايتين على منزلتين وليستفتين منه صلى الله عليه وسلم وكثر وتكرر وفي صحيح البخاري عن عايشة
انها قالت لفاطمة الا تتقي الله تعالى يعني في قولها لا سكنى ولا نفقة وقال القاضي اسماعيل حدثنا نصر
بن علي حدثني ابي عن هارون عن محمد بن اسحاق قال احسبه عن محمد بن ابرهيم ان عايشة قالت لفاطمة
بنت قيس انا اخرجك هذا اللسان يعني انها استطالت على اهلها وكثر الشر بينهم فاخرجها
عليه الصلاة والسلام لذلك ويبينه ثبوته عن عايشة ان سعيد بن المسيب قد احتج به وهو
معاصر عايشة واعظم متتبع لاقوال من عاصر من الصحابة حفظا ودراسة ولولا انه علم عنها
ما قاله وذلك ما في ابي داود من حديث ميمونة بن مهران قال قدمت المدينة فدخلت
على سعيد بن المسيب فقلت فاطمة بنت قيس طلقت فخرجت من بيتها فقال سعيد تلك امراة
فتنت الناس كانت لسنة فوضعت على يد ابن ام مكتوم وهذا هو المناسب لنصب بن المسيب
فانه لم يكن ليعترض على صحابية ذلك من عند نفسه ولذا هو والله اعلم مستند سليمان بن يسار
حيث قال خروج فاطمة انما كان من سوء الخلق رواه ابو داود وفي سننه عنه وعمن رده زوجها
اسامة ابن زيد حب رسول الله صلى الله عليه وسلم روى عبد الله ابن صالح قال حدثني الليث بن سعد
حدثني جعفر عن ابي هرمز عن ابي سلمة بن عبد الرحمن قال كان محمد بن اسامة بن زيد يقول
كان اسامة اذا ذكرت فاطمة شيأ من ذلك يعني من انتقالها في عدتها رماها بيده انتهى هذا
مع انه هو الذي تزوجها بامر رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان اعرف بالمكان الذي نقلها عنه الى منزل
حرين بن كما فهذا لم يكن قطعا الا لعلمه بان ذلك غلط منها او لعله مخصوص بسبب جواز انتقالها
من اللسن او خيفة المكان وقد جاء ذلك ايضا ولم يظفر المخرج رحمه الله بحديث اسامة فاستغرب
قول الدارقطني قال الليث حدثني عقيل عن ابن شهاب انا ابو سلمة بن عبد الرحمن فذكر حديث
فاطمة قال فانكر ان سمع منها شيأ كانت تحدث من حزوجها قبل ان تحل وفيه سمع الطبراني باسناده
عن ابرهيم ان ابن مسعود وعمر رضي الله عنهما قالا المطلقة ثلاثا لها السكنى والنفقة ولفظ
الدارقطني عن حرب ابن ابي العالية عن ابي الزبير عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال المطلقة
ثلاثا لها النفقة والسكنى قال عبد الحق انا يوخذ من حديث ابي الزبير عن جابر ما ذكر فيه السماع
اذ كان من الليث عن ابي الزبير وحرب ابن ابي العالية ايضا يحتج به ضعفه ابن معين والاشبه
وقفه على جابر وهذا النقد يرد تسليم ما ذكر من ترجيح رفعه برد قول من ذكر ان جابرا انما
قول فاطمة وقدم ما ذكرنا بيان المعارض والطعن واما بيان الاضطراب فقد سمعت في
بعض الروايات انه طلقها وهو غايب وفي بعض طلقها ثم سافر وفي بعض الروايات انها ذهبت
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسالته وفي بعضها ان خالد بن الوليد ذهب في نفر فسالوه صلى الله عليه وسلم

وفي بعض الروايات سمى الزوج ابا عمرو بن حفص وفي بعضها ابا حفص ابن المغيرة والاضطراب موجب
لضعف الحديث على ما عرف في علم الحديث وممن رد الحديث زيد بن ثابت ومروان بن الحكم
ومن التابعين مع بن المسيب شريح والشعبي والحسن بن حي والاسود بن يزيد وممن بعدهم
الثوري واحمد بن حنبل وخلق كثير ممن تبعهم فان قيل فهذا العذر تقدير انما اسقط تلك السكنى
والحال انه صلى الله عليه وسلم قال لها لا نفقة لك ولا سكنى قلنا ليس علينا اولا ان نشتغل ببيان العذر عما
روت بل يكفي ما ذكرنا من انه شاذ مخالف لما كان الناس عليه ولمروي عمر في تركه كما ينا هو في نفسه
ما كان الان الاشتغال بذلك حسن حملا لمروي على الصحة ونقول في ان عدم السكنى كان لما سمعت
واما عدم النفقة فلان زوجها كان غايبا ولم يترك لها عند احد سوى الشعير الذي بعث به الى فاطمة
هي احدى روايات مسلم من طريق انه طلقها ثلاثا ثم انطلق الى اليمن فقال لها اهله ليس لك علينا نفقة الحديث
فلذلك قال صلى الله عليه وسلم لها لا نفقة لك ولا سكنى على تقدير صحته لانه لم يخلف ما لا عند احد وليس
يجب لك على اهل شيء فلا نفقة لك على احد بالضرورة فلم ينهها هي الغرض عنه صلى الله عليه وسلم فجعلت ترد
نفي النفقة مطلقا موقع انكار الناس عليها ثم ان في كتاب الله تعالى من غير ما نظرت فيه فاطمة بنت
قيس ما يفيد وجوب السكنى والنفقة لها وهو قوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم قد
علم ان المراد وانفقوا عليهن من وجدكم وبه جاءت قراءة بن مسعود المروية عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
مفسرة له وهذه الاية انما هي في البوائن بدليل المعطوف وهو قوله تعالى وعليه وان كن اولات حمل فانفقوا
عليهن وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن والوان كانت الاية في غير المطلقات
اي في الرجعيات كان التقدير اسكنوا الزوجات والرجعيات من حيث سكنتم وانفقوا عليهن
من وجدكم وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ومعلوم انه كان معنى حينئذ بجعل
غاية ايجاب الانفاق عليها للوضع فان النفقة واجبة لها مطلقا حاملا كانت او لا وضعت حملها
او بخلاف ما اذا كانت في البوائن فان فايدة التقييد بالغاية دفع توهم عدم النفقة على المعتدة
الحامل في تمام علة الحمل بطولها والاقتصار على قدر ثلاث حيض او ثلاثة اشهر وكذا قوله تعالى
لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان ياتين بفاحشة مبينة فانه عام في المطلقات وفي
قوله تعالى فاذا بلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف يرجع الى الرجعيات منهن وذكر حكم ما في
بعض ما تناولته الصدر لا يبطل عموم الصدر **قوله** الا يرى ان معنى التعريف عن براءة الرحم
ليس مراعى فيما استبرئ على ان وجوبها لحق الشرع عامة فانها لو لم تحض فيما انقضت العدة لم
يظهر حمل وكذا يدل عليه وجوبها بالموت قبل الدخول وتعارض ذلك انقضاء وكما اذا لم تعلم بموته
حتى مضت من العدة وانت اذا انعمت النظر فيما ذكرنا في باب العدة في مسيلة تداخل العدتين
ظهر لك جواب هذا فارجع اليه وانعمه **قوله** وكل فرقة جاءت من قبل الزوجة بمعصية اضرت
به عاجلا من قبل الزوج مطلقا وعاجلا من قبلها بغير معصية فان لها النفقة فيها والحاصل ان الفرقة
اما ان تقبله او قبلها في الاولى لها النفقة مطلقا سواء كانت بغير معصية مثل الفرقة بطلاقه
او عنته او جبه بعد الخلوة ويشكل على ايجاب النفقة للملاعنة ما قدمناه في باب اللعان في الحديث
ان الله صلى الله عليه وسلم لم يجعل لها بينا وافزعا عليه او بمعصية مثل الفرقة بتقبيله بنت زوجته او ابيه
مع عدم فيئه حتى مضت اربعة اشهر او ابايه الاسلام اذا اسلمت هي او ارتد هو فهو من عليه الاسلام
فان بمعصيته لا تحرم هي النفقة واما الثاني فاما بمعصية مثل تمكينها بن الزوج او ابيه اذا اسلم وهو في
وثنية او مجوسيه ورد بها فلا يجب لها نفقة لانها والحالة هذه حابسة لنفسها بغير حق فكانت
كالناشز واما بغير معصية مثل الفرقة بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة ووطء ابن الزوج
لها مكرها لانها حبست نفسها بحق لها او عذرت شرعا فيه ولها السكنى في جميع الصور لان القرار في

منزل الزوج حتى عليها ولا يسقط بمعصيتها اما النفقة فحق لها فتجازى بسقوطه بمعصيتها **قوله** بخلاف المهر بعد
الدخول يعني انه يجب لها وان جاءت الزوجة من جهتها بمعصية لابه وبعد الوجوب لو هو تسليم نفسها فتقرر الحق
لها قبل طرو المعصية **قوله** وان طلقها ثلاثا ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت نفقتها يعني الزوجة هنا
وان العرف لم يجر بسببها فهي وتمكينها ابن الزوج بعد الطلاق ثلاث سواء كما لا تسقط النفقة بالتمكين هنا
لا تسقط بالردة نافا تسقط في هذه الردة اذا خرجت وهبت او النفقة للمحوسية كما اشار اليه
المصنف في التعليل واذا لحقت حتى لو لم تلحق بدار الحرب ولم تخرج بعد هذه الردة كان لها النفقة
ولو حبست او لحقت فعادت الى الاسلام او مرتدة عادت الى نفقتها كخلاف
ما بعد اللحاق خالفه ما ذكره في الذخيرة لو عادت الى الاسلام فلها النفقة والسكنى ودفف
محمل المذكور في الجامع على ما اذا حكم بلحاقها وما في الذخيرة على ما قبل الحكم به كخلاف ما اذا اوقعت الفرقة
بالردة فانها لو اسلمت وعادت الى منزلها لا تحبس لها نفقة لانها المفوتة لذلك النكاح وهو لا يعود
بعود الى المنزل سلمة ولو كان تمكينها وردتها في عدة الطلاق الرجعي يسقط النفقة كما لو كان
قبل الطلاق لقيام الشاهد في الرجعي وفي شرح الطحاوي الاصل ان كل امرأة كانت لها نفقة يوم طلقت
ثم صارت الى حال لا نفقة لها يوم طلقت فليس لها نفقة بعده فلو طلق الامة بائنا وكانت مبواة
معه بيتا فاخرجها المولى الى خدمته بعد الطلاق سقطت نفقتها فان اعادها الى بيت الزوج ناخذ
النفقة ولو لم يكن مبواة فطلقت فاراد ان يبوئها مع الزوج في العدة فناخذ نفقتها لانها
واردة عليه ما لو كانت ناشزة يوم الطلاق ثم عادت الى المنزل في العدة فانه تعود نفقتها واجيب
بان النفقة كانت واجبة الا انها منعت فتسقط عن حق واجب لها فلها ان تعود فتاخذ وهذا لا يدفع الوارد
على لفظ الاصل المذكور ولو نظر ولد العدة كانت لها النفقة ما لم تدخل في سن الاياس فتعتد ثلاثة
اشهر ومن هنا قالوا لو صاح المعتدة على نفقة العدة بشيء معلوم ان كانت العدة بالشهور جاز لانها
معلومة وان كانت بالحيض لا تجوز لانها مجهولة لاحتمال ان تمتد الطهر بها واذا ارتطاب المعتدة
بالنفقة حتى انقضت العدة سقطت كما في العصمة الا ان تكون معذورة ولو ابرأته عن النفقة
في المستقبل وهي زوجة لم يصح ولو ابرأته عنها في عدة الخلع صح لان الابراء في الخلع ابراء عوض وهو
استيفاء او استيفاء قبل الوجوب جوز واما الاول فالابراء اسقاط واسقاط الشيء قبل وجوبه لا يجوز
ثم العزل قول المطلقة في انقضاء العدة مع بينة اذا كانت من ذوات الحيض ولو كانت ادعت حبلا
وانفق عليها سنتين فان قالت بعد كنت اعتقدته حبلا فظهر انه ليس اياه وان حايل لعدم
الحيض وقال بل ادعيت الحبل كذبا وظهر كذبك فلا نفقة لك فلا يلتفت القاضي الى قولها وبالعكس
بالاتفاق حتى تحيض ثلاث حيض او تدخل في سن الاياس فتعتد ثلاثة اشهر ولو كانت
صغيرة لا يجامع مثلها ينفق عليها ثلاثة اشهر وقال الفقيه لا تقضي عدتها بذلك بل يوقف حالها
الى حال يحبل فينفق عليها حتى تنقضي عدتها كذا ذكره هذا العدد بعضهم وفي الخلاصة عدة الصغيرة
ثلاثة اشهر الا اذا كانت مراهقة فينفق عليها ما لم يظهر فراغ رحمها هذا في المحيط انتهى من غير
ذكر خلاف وهو حسن وفي رجل غاب فتزوجت امراته باجر ودخل بها الزوج الثاني فحبلت الزوج
الاول فرق بينها وبين الثاني ولا نفقة على الزوج الاول حتى تنقضي عدة الثاني فان طلقها وهي في عدة
الثاني لم تجب نفقة العدة على الزوج الاول وعلى الثاني ما دامت في عدة الثاني فاذا انقضت عدة
الثاني تجب ولو تزوجت المعتدة ودخل بها زوجها تجب نفقة العدة على الزوج كذا في الاقضية وفي الذخيرة
قال تجب على الزوج الاول هكذا ذكر في المحيط وتاويله اذا تزوجت في بيت العدة اما اذا اخرجت فلا **فصل**
قوله ونفقة الاولاد الصغار على الاب لا يشاركه فيها احد قيد بالصغر لخروج البالغ وليس هذا على الاطلاق
بل الاب اما غني او فقير والاولاد اما صغار او كبار فالاقسام اربعة الاول ان يكون الاب غنيا والاولاد كبارا

فاما اناث او ذكور فالاناث عليه نفقتهن الى ان يتزوجن اذا لم يكن لهن مال وليس له ان يواجرهن في عمل
او خدمة وان كان لهن قدح واذا طلقت وانقضت عدتها عادت نفقتها على الاب والذكور اما عاجزون
عن الكسب لزمانة او عمى او شلل او ذهاب عقل فعليه نفقتهم وكذا اذا كان من ابناء الكرام لا يجد
من يستاجر منهم عاجز وكذا طلبة العلم اذا كانوا لا يحسنون الى الكسب نفقتهم على اباءهم قاله
الحلواني ورايت في موضع هذا اذا كان بهم رشد وقوله لا يشاركه فيها احد على الاطلاق في الصغار اما
الكبار فعلى التفاصيل الظاهر كما سياتي وان لم يكونوا عاجزين عن النفقة لم الثاني ان يكون الاب غنيا وهم فقراء
فاما ان يكون لهم مال او لا فان لم يكن فعليه نفقتهم الى ان يبلغ الذكور حد الكسب وان لم يبلغ الحلم فاذا
كان هذا كان للاب ان يواجر وينفق عليه من اجرته وليس له في الاناثي ذلك فلو كان للاب مبذر ايدفع
كسب الابن الى امين كان في ساير املاكه وان كان لهم مال فاما حاضر او غايب فان كان حاضرا فنفقتهم
في مالهم لا تجب على الاب حتى يرفع وان كان غايبا وجبت على الاب فان اراد ان يرجع في مالهم ينفق
باذن القاضي في ذلك فلو انفق بلا امر ليس له الرجوع في الحكم الا ان يكون اشهد انه انفق
ليرجع ولو لم يكن اشهد لكن انفق بنية الرجوع لم يكن له في الحكم رجوع وفيما بينه وبين الله تعالى
يحل له ان يرجع الثالث ان يكون الاب فقيرا فان كانوا اغنياء وكبارا قادرين فلا اشكال ان نفقتهم
هو عليهم وان كانوا صغارا اغنياء فكذلك ايضا الرابع ان يكونوا فقراء هم صغارا وكبارا عاجزون
والاب ايضا عاجز عن الكسب فالخصاف يحملهم على الناس وينفق عليهم وقيل نفقتهم في بيت المال
وان كان قادرا على الكسب اكتسب فان امتنع عن الكسب حبس كخلاف ساير الديون والحبس
والد وان علا في دين ولده وان سفل الا في النفقة لان الامتناع لخلاف النفس والمحل للاب
ذلك وكذا لو عدا الاب على ابنه بسيف بحيث لا يندفع عنه الا بقتله حل له قتله واذا لم يجد
كسبا حاجتهم او لم يكتسب لعدم تيسر الكسب اثم عليهم العذاب ورجع على الاب اذا ايسر في جوامع
الفقه اذا لم يكن للاب مال والجد او الام او الخال او العدم موسر يجبر على نفقة الصغير ويرجع بها على الاب اذا
ايسر وقد اجبر الابعد اذا غاب الاقرب ثم يرجع عليه فان كان له ام موسرة فنفقته عليها وكذا ان لم يكن له
الاب الا انها ترجع في الاول وما نقل ابن قدامه عن الائمة الاربعة من عدم الرجوع فيه نظر وان كان له جد
وام موسران فنفقته عليهما على قدر ميراثهما في ظاهر المذهب وروي الحسن عن ابي حنيفة ان على الجد وهو الصحيح
كالاب وقال الشافعي وفي نفقات التهذيب على امراته وغاب عنها وطالبت عمهم فعلى العم ثلث نفقتهم وعلى الام
الثلث اذا كانا موسرين ويكون دينا على الاب يرجعان عليه اذا كان بامر الحاكم قال القاضي هذا اذا كانت
الغيبة منقطعة **قوله** لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وجه الاستدلال انه
اوجب على الاب رزق الوالدات وعبر عنه بالمولود له للتنبيه على علة الايجاب عليه وهو الولادة له لما عرف
من ان تعليق الحكم بمشتق يفيد كون مبدا الاشتقاق علة له فاذا وجب نفقة غير لسببه فوجوب
نفقة نفسه اولى وحين ثبتت نفقته بطريق اولى تبين ان نفقة الوالدة هي نفقة الولد لان الولد
يحتاج اليها لخدمة والتربية والرضاع حتى ان اللبن الذي هو موئنه انما يستحق لبنا من غذاها
فاجاب نفقتها عليه اجاب نفقته عليه اذ ليست النفقة سوى اخراج ما يحتاجه المحتاج اليه لكفايته
وقد تقدم في الكتاب ما يشير الى ان نفقة الخادم من نفقة المراة وان كانت نفقة شخص اخر بل يدخل
فيها الكسوة والسكنى في الخلاصة قال هشام سالت محمدا عن النفقة قال هي الطعام والكسوة والسكنى وكانه
جزوه فكان كنفسه **قوله** وليس على الام ان ترضعه يعني في الحكم اذا امتنعت وان كانت الزوجة قابلة
وهو مقيد بالقيد الذي سنذكره **قوله** وهو الذي دل بان الحكم اي عدم الجبر بيان الحكم قضا يعني انها
اذا امتنعت لا يجبرها القاضي عليه وهو واجب عليها ديانة وكذا غسل الثياب والطبخ والخبز وكنس البيت
واجب عليها ديانة ولا يجبرها القاضي عليه اذا امتنعت لان المستحق عليها بالنكاح تسليم نفسها لا استمتاع **قوله**

وذلك اي عدم الجبر اذا وجد من ترضعه فان لم يوجد او وجد ولم يقبل او تبرع غيرها اجبرت على ارضاعه
صيانة له عن الضياع وذكر الحلواني ان ظاهر الرواية لا يجبر لان الولد قد يتغذى بالدهن والشراب
فلا يودي ترك اجارها الى الثلث والى الاول مال العذوري والسرخسي وهو الاصوب لان فرض الرضيع
الذي لم يأنس الطعام على الدهن والشراب سبب لموته وموته **قوله** معناه اذا ارادت ذلك لان الحق
لها اي التربية فالحق الحضانة وهذا بناء على ما تقدم وقد قدمنا من اختيار العتابيين الهندواني والسرخسي
انها تجبر على الحضانة وفي كلام الحاكم الشهيد ما يفيده مما قدمناه ثم ما يلزم المرضعة ان تمكث في بيت الام
الا ان تشترط ذلك بل لها ان ترضعه ثم ترجع الى منزلها فيما يستغني عنها فيه من الزمان ويحمل الصبي معها
اليه او تستأجر من يرضعه عند قدومها الى منزلها **قوله** وجه الاول لما كان التشبيه
لا يستلزم عموم وجه الشبه لم يكتف بقوله قبل هذا ولذلك المبتوتة في رواية بعد قوله وهذا اعني عدم
الاستيجار في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة لان النكاح قائم والا لو اعتبر عموم الشبه كان ذلك التشبيه
في الحكم والوجه وايضا ربما يكون تأخير ذكر وجهه للايماء الى انه المختار عندنا وكذا ظاهر اطلاق العذوري
المعتدة في قوله او معتدته وان كان مقابله هو ظاهر الرواية كما صرح به بعضهم اذ من عادته تأخير
وجه القول المختار والحاصل ان قيام العدة هو قيام نفس النكاح من وجه على ما حققناه في فصل المحرمات
من كتاب النكاح فارجع اليه ولهذا وجبت النفقة وامتنع شهادته لمعتدته عن ثلاث او بائن ولذا لا يجوز
استيجارها للارضاع **قوله** واذا انقضت عدتها فاستأجرها اعلم ان حاصل كلامهم ان الارضاع واجب عليها
متى تعذر الضرر بقوله تعالى لا تضار والدة بولدها والضرر يتحقق عند العجز عن ارضاعه اذا التزمت
والعجز مطلق فاليم امتناعها عنه متى امكن حقيقة لان امتناعها عن الارضاع مع دامية حنو الوالد ظاهر
في عجزها عنه فلذا لم يجبر عليه اذا امتنعت فاذا افترض عليه لا يجبر وهي منكوحة او معتدة عن
رجعي او مطلقا على ما هو الاوجه ظهر بعدم عجزها فظهر الوجوب عليها ولها اجر تستحق به مقابلة فعل الواجب
واعلم ان هذا المعنى بعينه ثابت فيما اذا استأجرها لارضاع ولدها منه بعد انقضاء العدة ومقتضاه
انه يجوز بعد العدة ايضا كما قبلها وهذا الان الوالدات في قوله تعالى والوالدات يرضعن اعم من
البائنات فكان الامر عاما على المنكوحات والرجعيات والبوائن قبل العدة وفيها وبعدها
والمانع من عقد الاجرة والاستيجار هو الوجوب وهو عام فيمنع المنع الكل اذا ظهرت قدرتهن وذلك
بالاقدام على الارضاع باجر وغاية ما يقال ان الارضاع من نفقته وهي على الاب لا الام ويدفع بان هذه
النفقة اوجبها الذي له ولاية الايجاب على الام بعد ان اوجبها رزقه لها باد رار الثدي فلم يبق منها
سوى الفعل الاختياري فاوجب عليها اقامته تدينا وثبوت هذا الايجاب بالنص المذكور اغنى بعض
اولاده عن الحق انه اوجب عليها ابتداء ايجاب رزقها عليه بقوله وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن في
حال الزوجية والعدة هو قائم برزقها وفي بعد العدة لا يقوم بشيء فتقوم الاجرة مقامه **قوله**
وبه جميع ما ذكرنا انما تجب النفقة على الاب اذا لم يكن للصبي مال والا فنفقه في جميع المال اضاف من العروض والحيوان
والعقار حتى اذا كان له ذلك فقط فللاب ان يبيعه وينفقه عليه وكذا يعطى منه اجر رضاعه وهذا
لان ايجاب نفقة احد الموسرين على الاحرار لم يكن لاحتباس ذلك له ليس باولى من ايجاب نفقة ذلك عليه
بخلاف نفقة الزوجة فانها محتبسة لعرض فنفقتها عليه وان كانت غنية واما الولد فنفقته دفع
للحاجة وقد ارتفعت حاجته فلا يجب على غير من كنفقة المحارم **فصل قوله** وعلى الرجل
اي الموسر **قوله** واحد اوه يدخل فيه الحد لاب والحد لام وان علوا وفي جداته جداته لابيه وجداته
لامه وان علون وقوله اذا كانوا فقراء ابو حنيفة على اطلاقه قول السرخسي حيث قال اذا كان الاب فاقدا
على الكسب يجبر الابن على نفقته خلافا لقول الحلواني انه لا يجبر اذا كان الاب كسوبا لانه كان غنيا باعتبار
الكسب فلا صرف منه ايجاب النفقة على الغير واذا كان الابن قادرا على الكسب لا يجب نفقته على الاب

فلو

فلو كان كل منهما كسوبا يجب ان يكتسب الابن وينفق على الاب فالمعتبر في ايجاب نفقة الوالدين محمد للفقر
قيل هو ظاهر الرواية لان معنى الاذى في ايجاره على الكد والتعب اكثر منه في ان في المحرم بقوله تعالى ولا
تقل لهما اف دلالة على استحقاق الزوجة الغنية لانه في مقابلة احتباسه اياها لاستيفاء حق مقصود له
فكان كاستحقاق القاضي الغني **قوله** نزل في الابوين الكافرين بدليل ما قبله وهو قوله تعالى وان
جاهداك على ان تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفا واتبع سبيل من اناب
الي فرض سبحانه مصاحبتهما بالمعروف وليس من المعروف ان يتركهما مع الجوع والعري ويتغلب عليه
في النوع الا ان محلها غير الحربيين فاما الاباء الحربيون وان كانوا مستامنين في دارنا لا يجبر الابن
على النفقة عليهم لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم
الى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الاية بيان بين اية الابوين عموم وخصوص من وجه
يتصادقان في الابوين الحربيين وتنفرد اية المصاحبة في غير الحربيين واية النهي في غير الابوين
فتعارضا في الابوين الحربيين فقدمت اية النهي لتقدم المحرم على المبيح ولقائل ان يقول النهي انما
يتعلق بالذين يتحقق منهم قتال في الدين واخراج المسلمين عن ديارهم وهم اهل مكة ولا يتناول الابوين
الحربيين الذين لم يتحقق منهم قتال ولا مظاهرة على اخراج والاصح القياس على اهل مكة بمجرد كونهم
حربا لان الحكم علق بمجموع من تحقق القتال والاخراج فيه ايضا صرح النص بعدم النهي عنه بقوله لا ينهاكم
الله عن الذين لم يقاتلوكم ومعلوم ان الذين لم يقاتلوا الضاحربيون **قوله** وانما الاجداد والجدات
فلانهم من الاباء والامهات ظاهر انهم يدخلون في اللفظ اعني لفظ الابوين الذي هو مرجع الضمير فضاحها
في الدنيا معروفا وفيه نظر فانهم في مسئلة الامان فيما اذا قالوا امنونا على اباينا صرحوا بعدم دخول
الاجداد لعدم انتظام اللفظ وان اراد الحاقهم بالقياس فلا حاجة بل ينبغي ان يعلل دخولهم بانهم من
الاباء بل يعلل استحقاق الابوين النفقة بتسببهم في وجوده ويلحق به الاجداد ويعتبر في عموم المجاز من
العجب عدم اعتبارهم اياه في عموم المجاز في الامان ليدخل الاجداد مع ان الامان محتاط في ابنائه وقوله
ولهذا يقوم الجد لام الاب فيما مر متأمل في الوراثة ودلالة الاضافة والتصرف في مال ولد الولد هذا
ولو قال انهم من الوالدين والوالدات كان اقرب لان مرجع ضمير صاحبهما الوالدان لا الابوين **قوله**
اما الزوجة فلان الاصل اصل عرف من قوله واجبة بالعقد احتباسها انه حيث اضاف اسباب النفقة الى العقد
صار اضافة لها العلة البعيدة وان المؤثر بالذات هو الاحتباس الخاص على ما قدمنا **قوله** فلا يمتنع
على الاصح ان يقال فلم يجبر على انفاقه على نفسه مع كونه دينا عليه جزيه ان عدم
الامتناع لا يستلزم الوجوب وهو المطلوب على الخصم منه وهو اجبر عليه وكونه بجبره الحاكم على انفاقه
على نفسه محل نظر اذا سواه بوجوب ذلك فلا شك فيه وكذا امره بالمعروف من ذلك **قوله** ولا
يجب على الفقير في نفقة اخيه المسلم اظهارا لبعض صور ذلك الكلي وهو قوله لا يجب النفقة مع اختلاف
الدين الا للزوجة والابوين والاجداد والجدات والولد يجب النفقة لان النفقة اي نفقة غير
الزوجة متعلقها بالارث يعني بالقرابة المحرمية سيدا الارث بالنص وهو قوله تعالى بعد ان قال سبحانه
وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وعلى الوارث مثل ذلك فعلقه به والوارث بين المسلم والكافر
بخلاف العتق فانه تعلق بالمحرمية بسبب القرابة لا بقيد كونه وارثا بالحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم
من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وسيأتي الكلام عليه **قوله** فاعتبرنا في الاجداد وهو دوام ملك
اليمين اصل العلة وهو القرابة المحرمة وفي الاولى وهو النفقة العلة الموكدة بالتوارث وهذا في
الحقيقة ابداء الحكمة الشرع يعني انا شرع سبحانه ايجاب النفقة على القريب مقيدا بالارث شرع
عتق القريب اذا ملك فقريبه المحرم بلا ذلك القيد لهذا الفرق وهو ان عدم النفقة قطيعة واستمرار
ملك رقبة القريب فوقه في القطيعة فاوجب رفعها بلا موكد بخلاف ما لم يبلغ مبلغ في القطيعة

فانه لم يدفعه حينئذ الا بوكد وما قبل الضابط عندنا الرحم المحرمية والارث ليس بشرط حتى
وجبت النفقة على الخال والخالة والعمة ولم يدون بن العم والحق في الجواب ان ليس المراد من قولنا قبل
وعلى الوارث سوى بين من ثبت له ميراث والخال كذلك ممن ثبت له ميراث بعقد كونه في صورة وجوب
النفقة عليه لا يخالف هذا حينئذ استدلال لمفهوم الصفة على اخراج الكافر الذي لا نافقول بل هو اثبات
الحكم في محل النطق وهو الوارث ونفيه عن غيره لعدم دليل الوجوب عليه فيبقى على العدم الاصلي ان نفيه
مضاف اليه اللفظ **قوله** لان لمانا وبنا في مال الولد يفيد انه ملكهما بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم انت
ومالك لابيك رواه عمر البني صلى الله عليه وسلم جماعة من الصحابة وسياتي في باب الوطء الذي يوجب الحد واخرج
اصحاب السنن الاربعة عن عائشة رضي الله عنها قال صلى الله عليه وسلم ان اطيب ما اكل الرجل من كسبه وان ولده
من كسبه حسنه الترمذي فان قيل هذا يقتضي ان لا يملك ما اخذ ابنه من ماله قلنا نعم لو لم يقيده حديث رواه
الحاكم وصححه والبيهقي عنها مرفوعا ان اولادكم هبة لكم يهب لمن يشاء انانا ويهب لمن يشاء الذكور واموالهم
لكم اذا احتجتم اليها ومما يقطع بانه ملك له قوله تعالى ورث الاب من ابنه السدس مع ولده فلو كان
الكل ملكه لم يكن لغيره شيء مع وجوده **قوله** هو الصحيح احتراز عن رواية الحسن عن ابي حنيفة
ان النفقة بين الذكور والاناث اثلاثا على الذكر مثل حظ الانثيين لحاجة الميراث فيما سيأتي نفقة ذوي
الارحام وجه قال الشافعي واحمد والحق الاستواء فيها لتعلق الوجوب وبالولاد وهو يشملهما بالسوية
بخلاف غير الولاد لان الوجوب علق فيه بالارث ولهذا ثبت في الولاد مع اختلاف الدين وما توارث فانكان
الولد معسرا وهما موسران فلا نفقة لاحد على احد ويجب التحصيل بين ان يكون الابن مجاهدا على الكسب
مع الميسار او يفجر فيه الحكم السابق بين ائمتنا السرخسي والحلواني وعن ابي يوسف قال افان كان
الاب زمنا وكسب الابن لا يفضل عن نفقة فعليه ان يضم الاب اليه كيلا يضيع ولا يخشى بذلك الهلاك
على الولد لان الانسان لا يهلك على نصف بطنه وقال الشافعي كلوا في بعض بطنكم تعفوا وفي الفتاوى
يجبر الابن على نفقة زوجة ابيه ولا يجبر الاب على نفقة زوجة ابنه وفي نفقات الحلواني قال فيه
روايتان في رواية كما قلنا وفي رواية انما يجب نفقة زوجة الاب اذا كان الاب مريضا او به
زمانة محتاجا الى الخدمة اما اذا كان صحيحا فلا قال في المحيط فعلى هذا الفرق بين الاب والابن
فان الابن اذا كان بهذه المثابة يجبر الاب على نفقة خادمه ثم الاصل في نفقة الوالدين والمولودين
انه يعتبر القرب بعد الجزئية دون الميراث ولذا لو كان له اخ شقيق وبنت بنت وان سفلت
او ابن بنت كانت نفقته على بنت البنت وان كان ميراثه لاخيه ولو كان له بنت وسولي
عشاقه فالنفقة عليهما مع اشتراكهما في الميراث واذا كان للفقير ولد وابن ابن موسران فالنفقة
على الولد لانه اقرب سواء كانت بنت وابن ابن فعلى البنت خاصة وان كان الميراث بينهما
لقرب البنت فاذا استويا فالنفقة عليهما الا ان يترجح احدهما برجح وهما وارثان واذا كان له ولد
ابن وولد بنت فهم سواء في النفقة وان كان الارث لولد الابن ولذا اذا كان له ابنان مسلم ونصراني
فالنفقة عليهما والميراث للمسلم فقط ولو كان له والد وولد ابن فهي على الولد استواء بها في القرب
ويترجح الولد باعتبار الانوثة ولو كان له جد وابن ابن فالنفقة عليهما على قدر ميراثهما للاستواء في
القرب وعدم الترجيح الكل من المحيط واذا اختلفا فقال الابن هو غني وليس علي نفقته وقال
الاب انا معسر وليس في المنتقى ان القول للاب والبينة بينة الابن **قوله** والنفقة بكل ذي رحم
محرم ابو واجبة بجزء يا فهو من حذف الجار ليفيد به من الاضمار بالجار والمجرور ونائبين عن الجنس
لوجوب تعلقها بالكون المطلق وليس هو كذلك هنا وقال لقد على كل وارث محرما كان او لا وهو قول
ابن ليلى وقال الشافعي لا تجب لغير الوالدين والمولودين كالاخوة والاعمام وجهه انه يحمل الاية
في قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك لنفي الصادر لا الايجاب النفقة ولا يبقى دليلا على ايجاب النفقة

فيبقى

فيبقى على العدم لعدم دليلها الشرعي قلنا نفيها لا يختص بالوارث ثم هو مخالف للظاهر من الاشارة المقرونة
بالكاف فانها تحسب الوضع للبعيد دون القريب وجه قول احمد انه تعالى علقها بالوارث فقيد الحرمية
زيادة قلنا في قراءة ابن مسعود وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك فيكون بيانا للقراءة المتواترة
فان قيل القراءة الشاذة بمنزلة خبر الواحد ولا يجوز تقييد مطلق القاطع به قلنا يجوز تقييد بهذه القراءة
اجيب بانها اشهر منها واستدل على الاطلاق بما في النسائي من حديث طارق قال قدمت المدينة فاذا رسول الله
صلى الله عليه وسلم قائم على المنبر يخطب الناس وهو يقول يد المعطي العليا وابدا بمن تعول امك وابالك واختك واخاك
ثم ادناك ادناك ومارواه ابو داود واحمد والترمذي عن معاوية بن حيدة القشيري قلت يا رسول الله من ابر
قال امك قال ثم من قال امك قال ثم من قال اباك ثم الاقرب فالاقرب قال الترمذي حسن وفي صحيح مسلم فان فضل
عن اهلك شيا فلذي قرابتك فهذه تفيد وجوب النفقة بلا تقييد بالوارث والحق ان الثاني لا يفيد وجوب
النفقة اصلا لانه جواب قول السائل من ابر وهو لا يستلزم كونه سوالا عن البر المعروض لجواز كونه سوالا عن
الافضل منه فيكون الجواب عنه بخلاف الاول وليس هذا معارضا للنص لان الايجاب على الوارث بالنص لا ينفي ان يجب
على غيره فيثبت على غير من لا يقول بمفهوم الصفة على ان الغالب ان بلزمهم ان الوارث اريد به القريب
عبر به خصوصا عليكم رايكم وهو ان كل قريب وارث لقوله تعالى وذوي الارحام مع قولكم ان المراد به اهل الارث في الجملة
حتى قالوا افا كان له خال وابن عم ان نفقته على خاله وميراثه لابن عمه اللهم الا ان يثبت قول ان ينقطع بانا يجاب النفقة
بوجوب الوصل والقرابة التي يتفرض وصلها بالنصوص على الحرمية كلان غيرها لا يتفرض وصلها كالمحرم انما
ثبت للوصل وهو الظاهر لما تقرر انه سبب المحرمات من القرايب لان الافتراش اما عدم واصل او دوني
اليه **قوله** فان القادر على الكسب معنى بكسبه وقدرة الكسب تتحقق بصحة البدن بعد كونه بالغا ولهذا اخذ في
البالغ الذي يجب نفقته من غير الولاد الزمانة حيث قال والابن الزمن البالغ وصرح به فيما قال في الخانية الحكم
قال في باب نفقة ذوي الارحام ولا يجبر الموسر على نفقة احد من قرابته اذا كان رجلا صحيحا وان كان عليلا
الكسب الا في الولد خاصة او في احد ابوي الاب اذا مات الولد فاني اجبر الولد على نفقته وان كان صحيحا انتهى وهذا
جواب الرواية وهو يدل قول شمس الائمة السرخسي لحلان الحلواني على ما قدمناه **قوله** لان التنصيص على
الوارث تنبيه على اعتبار المقدار بطريق انه يفيد عليه ما خذ الاستحقاق وهو الارث فيثبت الحكم في محل
وجود العلة على قدر وجودها مثاله اذا كان له اخ شقيق واب واخت شقيقة او اب فالنفقة عليهما اثلاثا على الاخ
الثلثان وعلى الاخت الثلث لان ميراثهما منه كذلك ولو كان الام وجبت عليها نصفين كارثها ولو كان معهما اخ لاب
او لاب او عصبة اخر فالثلثان على العاصب ولو كان اخ لاب واخ لام فالسدس على الاخ لام وعصبة الاسداس
على الاخ لاب وعلى هذا قس **قوله** وجه الفرق اي بين نفقة الولد الصغير والكبير الزمن **قوله** فاقتص
بنفقته لانه باعتبار الولاية الكاملة صار كنفسه كلان البالغ ليس للاب ولاية عليه ليكون في معنى نفسه
فاعتبر كسايرالمحارم **قوله** على الاخوات المتفرقات بان تكون اخت شقيقة واخت لاب واخوي لام اخماسا
لان اخا ساوى الشقيقة وخمس على الثنى لاب وخمس على الثنى لام لان ميراثهن منه كذلك بواسطة الرد عليهن **قوله**
عنوان المعتبر اهلية الارث هذا هو الجواب الذي اسلفناه وقدمنا تقويمه وايضاحه ان حقيقة الوارث
غير مراده فانه لمن قام به الارث بالفعل وهذا لا يتحقق الا بعد موت من تجب له النفقة وانفقة بعد الموت
تتعذر ارادة الحقيقة فكان المراد من ثبت له ميراث في الحال كذلك فوجبت نفقته على من لا يجب
الوهو لعدم المحرمية بخلاف ما لو كان له خال وعم او عمة فان النفقة حينئذ على الاب اشتراكهما في المحرمية واحراز الاب
الميراث في الحال لموت الولد لو كان الولد موسرا وجبت بين الاب والخال اثلاثا على الثلثة الثلث وجعل المعسر كالميت
والحاصل ان قوله اهلية الميراث لا احرازه فيما اذا كان المحرز للميراث غير محرم ومعه محرم اما اذا ثبت محرمية
كلهم وبعضهم لا يحرز الميراث في الحال كالخال والعم اذا اجتمعا فانه يعتبر احراز الميراث في الحال ويجب النفقة
على العم وان اذا النفقة انما تجب بالمحرمية والارث في الحال وكان بعضهم فقيرا لجعل كالمعدوم ووجبت على الباقين على عدد

ان تم كان ليس معهم غيرهم **قوله** ثم البيان مقدم بالنصاب او بنصاب الزكاة على ما روى عن ابي يوسف وعن محمد رواية
احداهما يفضل عن نفقة شهر او الاخرى بما يفضل كسبه كل يوم حتى لو كان كسبه درهم وكفيه اربعة دوانيق وجبت
عليه الدوانيق للغرب ومحل الرواية على حاجة الانسان ان كان مكتسبا لا مال له حاصل اعتبر فضل كسبه اليومي
وان لم يكن بل له مال اعتبر نفقة شهر فينفق ذلك الشهر فان صار فقيرا ارتفعت نفقتهم عنه وما ل السرخسي
الى قول محمد في اللبس فانه علله بان مال الابن الاستحقاق باعتبار الحاجة فيعتبر في جانب المودي بتيسير الادا
وبتيسير الادا موجود اذا كان كسبه يفضل عن نفقته وقال صاحب التحفة قول محمد ارفق ومال الولوالجي الى قول ابي
يوسف فان النفقة تجب على الموسر وغاية اليسار احدها وبداية النصاب فينظر به وقال في الخلاصة
بعد ما نقل انه نصاب الزكاة وبه يفتى واختار صاحب الهداية انه فضل حرمان الصدقة **قوله** والفتوى
على الاول اذا ان على اليسار يعتبر بالنصاب لكن لا كما يقول ابو يوسف وتقدم تفصيل الخصاف في باب صدقة الفطر الا ان
النفقة للاصل حق الاداي نفسه فتعتبر مجرد العذر عليه بعد كونه فاضلا عن حاجته وصدقة الفطر حق يجب لله
تعالى يراعي فيها من اليسار ما لا يعتبر في حق العبد المحتاج وليس ذلك مطلقا بل اذا لم يكن كسوبا يعتبر ان يكون له قدر نصاب
فاضل يجب عليه النفقة فاذا انفق لو شيء سقطت واذا كان كسوبا يعتبر قول محمد وهذا اجب ان يعول عليه في الفتوى
قوله واذا كان للابن الغائب مال عند ابويه فانفقا منه لم يضمنا لما قدمنا ان كل من يقضى له بالنفقة عند غيبة
من عليه جاز له ان ياخذ اذا قدر بلا قضاء كالوالدان والولد والزوجة اذا قدروا على مال من جنس حقهم جاز لهم ان ينفقوا
على انفسهم اذا احتاجوا وقد بينا الوجه فيه عند قوله فيما سبق ولا يقضي بنفقته في مال الغائب الا ان يكون وهي قوله
ووجه الفرق ان نفقة العبد واجبة قبل القضاء ولهذا كان لهم ان ياخذوا فكان قضاء القاضي اعانة لهم **قوله**
وان باع القاضي ولم يجز ذلك الا بيع عقار والابن الا اذا كان الابن صغيرا او مجنونا ولا يجوز لغيره مطلقا **قوله**
لانه ولاية له لانقطاعها بالبلوغ وقد رشد في الغاية وجه القياس بان ولاية الاب تنقطع ببلوغ الصبي رشيدا
الا فيما يبيعه على الغائب ولا يخفى ان قيد الرشيد ليس معتبرا لان انقطاع ولاية الاب ثم اذا بلغ غير رشيد
لا يسلم اليه ماله حتى يؤنس منه الرشد او يبلغ خمسا وعشرين سنة على ما عرف ومع ذلك لا حجر عليه حتى امكنه
ان يباشر العقود الموجبة للدين عليه وكذا قالا في جواب ابي حنيفة هذا ان منع المال لا يمنع مع ذلك الحجر لانه
يتلفه بلسانه بان يباشر العقود بنفسه اخر ما عرف في باب الحجر **قوله** ولا ولاية للاب في نفقتها مع انها مساوية
للاب في استحقاق النفقة وكذا البيع للقاضي ان يحكم به مع عموم ولايته **قوله** ولابي حنيفة حاصله الفرق بين الاب
وغيره بثبوت ولاية حفظ مال الابن الكبير الغايب وبيع العروض من باب الحفظ لانه يخشى عليه التلف واذا ملكه
الوصي فلان يملكه الاب اولى لان الوصي يستفيد الولاية من جهته فمن المحال ان لا يكون له ولاية وغيره يستفيد
منه واذا جاز بيعه صار الحاصل عنده الثمن وهو جنس فيأخذه بخلاف العقار لانه محصن بنفسه فلا يحتاج
الى الحفظ بالبيع فليس للاب بيعه الا لمحض الولاية وذلك عند صغر الولد او جنونه ومقتضى هذا صحة
بيع الاب للعروض على الكبير اذا لم يكن للدين بخلاف غير الاب فليس له ولاية لحفظ فليس له البيع لكن نقل
في الجوهرة عن القضية جواز بيع الابوين وهكذا ذكر القدوري في شرحه فانه اضاف البيع اليهما فيحتمل
ان يكون في المسئلة روايتان وجه رواية القضية ان معنى الولاية يجمعهما وهي استحقاق النفقة
سواء على تقدير الانفاق قتأويله ان الاب هو الذي يتولى البيع وينفق عليه وعليها اما بيعها بنفسها
فبعيد لان جواز البيع غير منوط بالولاية بل بثبوت ولاية الحفظ **قوله**
فانفق عليها بغير اذن القاضي ضمن اي في القضاء فيما بينه وبين الله تعالى لا ضمان عليه ولو مات الغايب
حال ان تحلف لانه لو شاء انهم ليس لهم عليه حق لانه لم يرد بذلك غير الاصلاح وفي الزاد ولو ابى في
غيبة من اسره طلاع راي القاضي لا يضمن استحسانا وقالوا في رفقته في سفر اعمى على احدهم او مات
فانفقوا عليه وجهزوه من ماله لا يضمنون استحسانا ومات من جماعة من اصحاب محمد خرجوا الى الحج
واحدا فباعوا ما كان له سوم فلما وصلوا سالم محمدا فذكروا له ذلك فقال لو لم تفعلوا ذلك لم تكونوا

فقها وكذا باع محمد رحمه الله كتب تلميذ له بات وانفق في تجهيزه فقيل له انه لم يوص بذلك فتلى قوله تعالى
والله يعلم المفسد من المصلح وقالوا في عبد مأذون مات سواه في بلاد بعيدة فانفق على نفسه وما معه من الدواب
والامتعة لا يضمن وكذا عن شيخ بلخ في مسجد له اوقاف واستولى له فقام رجل من اهل المحلة بتجهيز ميت
وانفق على مصالح المسجد فيما يحتاج من شراء الزيت والحصر والحشيش لا يضمن استحسانا **قوله**
فظهر الى اخره يعني اذا ضمنه الغايب ظهر ملكه لما دفعه للابوين حال دفعه لهما فيظهر انه كان متبرعا
ملكه لهما لا ما رجوع له عليهما **قوله** لضمنت من سقطت هذا اذا طالت المدة فاما اذا قصرت لا تسقط
وما دون الشهر قصير ولا تسقط قيل وكذا تقصير القصير دينا والثاني مأمور بالقضاء لو الصيرورة دينا لم يكن
للامر بالقضاء بالنفقة فائدة ولو كان كلما مضى سقط لم يكن استيفاء شيء ومثل هذا قدمناه في عبد
المرؤوسة من نفقة الزوجات **قوله** لان نفقة هؤلاء تجب للحاجة وعن هذا ما قدمناه من انه لو اعطاها
نفقة او كسوة فنسرقت او هلكت كان عليه اخرى لان الحاجة لم تندفع بالسرقة ولو كان مثل ذلك في حق الزوجة
ليس عليه اخرى حتى تنقضي مدة تلك النفقة والكسوة لان للزوجة ليست بشرعا لحاجتها بل لاحتباسها في تلك
المدة وبالتالف قبل مضي تلك المدة لم ينتفع الاعتياض عنها **قوله** الا ان يأذن القاضي بالاستدانة فلا
تسقط وان كان في نفقة ذوي الارحام لما ذكر في الكتاب وما ذكر في زكاة الجامع ان دين نفقة الزوجات
والاقارب بعد القضاء مانع من وجوب الزكاة لان له طالبا من جهة العباد فسوى بين نفقة الزوجات
والاقارب اختلفوا فيه قيل محمله في نفقة الاقارب ما اذا افتى القاضي في الاستدانة واستدانوا فاما
احتاجوا الى ذلك فالدين اما اذا لم يستدينوا فهو على اصل الكل فانه لا يصير النفقة دينا والى هذا اشار
السرخسي وحكم به كثير من القضاة المتاخرين وضروه وقيد والطلاق الهداية به وقيل محمله ما اذا
قرب المدة بان يكون شهرا فاقل والله اعلم **فصل قوله** وعلى الموسر ان ينفق على عبده وامته
عليه اجماع العلماء قيل الا الشعبي والاولى ان يحمل قوله على ما اذا كانوا يتيدرون على الاكتساب فانه
لا يجب على الموسر الا مسند كم ولو كان العبد بين رجلين فغاب احدهما فانفق الاخر بغير اذن القاضي فهو بغير
اذن صاحبه فهو متطوع وكذا النخل والزرع والمودع والملتقط اذا انفق على الوديعة واللقطة والدار
المشتركة اذا الا ان انفق احدهم في مرتها بغير اذن صاحبه ويغير امر القاضي فهو متطوع كذا في الخلاصة
وفيها اذا شهد شاهدان على رجل في يده امة ان هذه مرة قبل القاضي هذه الشهادة وادعى الامة او جحدت
وصفها على يد عدل وتفرض نفقة الامة ان طلبت على الذي كانت في يده انتهى ولو ان عبدا صغيرا
في يد رجل بغير هذا عدل او وقته عندي فانكر يستحلف ما اودعه ثم يقضى بنفقته على من وقعت
له في يده لانه اقر برقه ولم يثبت لغيره فيقضى على حكم ملكه ولو كان كبيرا لا يحلف لانه في يد نفسه والقول
له في الرق والحرية والحديث الذي ذكره في الصحيحين من حديث ابي ذر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال لهم اخوانكم خولكم جعلهم الله تحت ايديكم فمن كان اخوه تحت يده فليطعمه مما ياكل وليلبسه مما يلبس
ولا تكلفوهم ما يغلبهم فان كلفتموهم فاعينوهم رواه ابو داود باسناد صحيح وزاد فيه ومن لم يلائمكم
فبيعوه ولا تعذبوا خلق الله وعن علي رضي الله عنه قال كان آخر كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم الصلاة الصلاة
اتقوا الله فيما ملكت ايمانكم رواه احمد والمراد من جنس ما تاكلون وتلبسون من مثله فاذا لبسه
من الكتان والقطن وهو يلبس منهما الفاخر كفى مخالفا لباسه نحو الجالق والله اعلم ولم يتوارث
عن الصحابة انهم كانوا يلبسون مثلهم الا الافراد **قوله** فان امتنع وكان له كاسب اكتسب وانفق
انتهاها حتى لو كان يتضرر من الانفاق على نفسه من مال السيد ليس له ان يتناول منه الا اذا فضل عن الكسب
اما اذا كان عاجزا عن الكسب فله ان يتناول من مال السيد اذا ابى ان ينفق عليه **قوله**
فان كان عبدا زمنا يفيد انه اذا كان صحيحا الا انه غير عارف بصناعة يكون عاجزا عن الكسب لانه
ممن ان يواجر نفسه في بعض الاعمال كحمل شيء وتحويل شيء كعين البناء وما قدمناه تقلاني الكافي

ذوي الارحام بشوشه هنا اويظ وكذا اذا كانت جارية لايواجد مثلها بان كانت حسنه يخشى من ذلك الفتنة
اجبر على الانفاق او البيع بخلاف المدبر والمدبرة وام الولد فانه يجبر على الانفاق عليهم عينا ان لم يقدر على الكسب
بخلاف المكاتب حيث لا يومر على نفقه بنيه ولو اعتق عبدا زمنا سقطت نفقته عنه وتجب في بيت المال
وكذا العبد الصغير لانه ليس بينهما محرميه وان كان عصبة له كابن العم **قوله** بخلاف سايرالحيوانات الى اخره
ظاهر الرواية انه لايجبر القاضي على ترك الانفاق عليها لان الاجبار لنوع قضا والقضا يعتمد المقتضي له ويعتمد
اهلية الاستحقاق في المقتضى له وليس فليس لكنه يومر به ديانة فيما بينه وبين الله تعالى ويكون اثما حاقنا
بحبسها عن البيع مع عدم الانفاق وفي الحديث امراه دخلت النار في هرة حبستها حتى ماتت لا هي اطعمتها
ما كل من خشاش الارض ولا هي اطلقتها وذكر المصنف انه صلى الله عليه وسلم نهى عن تعذيب الحيوان يعني ما تقدم من رواية
ابي داود ولا تعذبوا خلق الله ونهيه عن اضاعة المال وهو ما في الصحيحين من انه صلى الله عليه وسلم كان ينهى عن اضاعة
المال وكرر السوال وعن هذا ما ذكرانه يكره في غير الحيوان ان لا ينفق عليه يعني كالاملاك من الدور والزروع
فانه يودي الى اضاع المال ومن ابى يوسف رحمه الله انه يجبر في الحيوان وهو قول الشافعي ومالك واحمد
رحمهم الله وغاية ما فيه ان يتصور فيه دعوى حسبة فيجبر القاضي على ترك الواجب ويدع فيه وظاهر
المذهب الاول والحق ما عليه الجماعة بخلاف ما لو كانت الدابة بين شريكين فطلب احدهما من القاضي
ان يامره بالنفقة حتى يكون منطوعا عليها لانفاق عليها فالقاضي يقول الا بي اما ان تبيع نصيبك من
الدابة او تنفق عليها وعاية لجانب الشريك ذكره الخصاف وفي المحيط يجبر صاحبه لانه لو لم يجبر تتضرر
الشريك **فرع** وتجب النفقة على من له المنفعة مالكا كان او مشاله او صبي بعبد لرجل وخدمته
هو فالنفقة على من له الخدمة ولو اوصى بجارية لانسان ولها لبن فالنفقة على من له الجارية
ومثله اوصى بدار لرجل وسكناها لاخر فالنفقة على صاحب السكنى لان المنفعة له فان انهدمت
فقال صاحب السكنى انا ابنيها واسكنها كان له ذلك وليس للمالك منعه الا اذا كان مضطرا فيه لانه يصل الى عقه
الا به فصار كصاحب العلو مع صاحب السفل اذا انهدم السفل وامتنع صاحبه من بنايه لصاحب العلو
ان يبنيه ويمنع صاحبه منه حتى يعطي ما غرم فيه وليس للمالك منعه ذكرا اوانثى لواحد وبشرها
احرز فالنفقة على صاحب الثمرة وفي اللبن والحنطة ان بقي من ثلث ماله شيء فالنفقة في ذلك المال
وان لم يبق فالتخليص عليهما لان المنفعة لهما واقوله ينبغي ان تكون على من فندر فيه ما يجعل لكل منهما والا يلزم
ضرر صاحب القليل الا يرى الى قولهم في السمسم اذا اوصى بدهنه لواحد وبثجره الاخر ان النفقة على من له
الدهن بعده عدما وان كان قد يباع وينبغي ان يجعل كالحنطة واللبن في ديارنا لان الكسب يباع
لعلف البقر وغيره وكذا اقوله فيما لو حمد ذبح شاه فاوصى بلحمها وبجلدها لاخر فالتخليص عليهما كالحنطة
واللبن انه يكون على قدر الحاصل لهما وقبل الذبح اجرة الذبح على صاحب اللحم لا الجلد والنفقة الجميع قبل
ان يقبض قبل المشتري فيكون تابعة للملك كالمرهون والصحيح انه على البايع ما دام في يده ويجوز
وضع الضريبة على العبد والاجير على ان النفقة على ذلك والله سبحانه اعلم **كتاب العتاق** اشترك كل من الطلاق والاعتاق في انه اسقاط لانه اسقاط ملك الرقبة والطلاق اسقاط
ملك منافع البضع واما اسقاط ملك ما في الذمة فيسمى ابراء واسقاط ملك الغصاص يسمى عفوا ويموت
انواع الاسقاطات باسمائها لتناسب الاسامي اختصارا وتشريفا فانه البعض على الكل وهذا على ظاهر
قولهما وعلى قوله بناء على الاول على الكل ويلزم حتى لا يقبل الا انه قدم الطلاق وان كان غير مندوب اليه
على العتق المندوب اليه وصلاله بغايته وهو النكاح والا نه يقع على محله لبشرة وجوده فكان متصلا به
او هو من بيان احكام النكاح لان النكاح يوجب ملك الطلاق وبيان متعلق الحكم من تتمة الحكم المتعلق لانه
في بيان انه على اي وجه من الحل والحرمة والندب والسريان وغير ذلك ولا يخفى ما في الاعتاق من المحاسن
فان الرق اثر الكفر فالعتق ازالة اثر الكفر وهو احياء حكمي لموت حكمي فان الكافر ميت فانه لا ينتفع بحياته

ولهذا حلت ذبيحته فصار كانه لم يكن له روح قال تعالى اومن كان ميتا فاحييناه اي كافرا فهديناه
ثم اشتراك العتاق الرق الذي هو سلب اهليته لما ناهل له العقل من ثبوت الولايات على الغير بالنكاح
الثبات والتصرف في المال والشهادات وعلى نفسه حتى لا يرجع نكاحه وبيعه واستيلاده وامتنع
ايضا بسبب ذلك عن تتبعهن من العبادات كصلاة الجمعة والحج والجهاد وصلاة الجنائز وفي هذا كله من
الضرر ما لا يخفى فانه صار بذلك ملحقا بالاموال في الكثير من الصفات فكان العتق احياء معنى ولذا
والله اعلم كان جزاوه عند الله تعالى اذا كان العتق خالصا لوجهه الكريم اعتاق من نار الجحيم التي هي
الملاذ الاكبر فتويل احياوه معنى باحيايه معنى اعظم احيانا ورد به الاخبار عن سيد الاخيار في الحديث
الذي ذكر المصنف رواه الستة في كتبهم عن ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ايما امرء مسلم
اعتق امرء مسلما استنقذ الله بكل عضو منه عضوا منه من النار وفي لفظ من اعتق رقبة مومنة
اعتق الله بكل عضو منها عضوا من اعضايه من النار حتى الفرج بالفرج احرجه الترمذي في الايمان
والنذور ورواه ابن ماجه في الاحكام والباقون في العتق واخرج ابو داود وابن ماجة عن كعب
ابن مرة عن النبي صلى الله عليه وسلم ايما رجل مسلم اعتق رجلا مسلما كان فكاكه من النار يجزي كل عضو منه
سلة امنت امراة مسلمة كانت فكاكها من النار وزاد ابو داود وايما رجل اعتق امراتين مسلمتين
الا كانتا فكاكه من النار يجزي كل عضو منهما عظم من عظامه وهذا يستقل عاذكره المصنف
ولا استحباب عتق الرجل للرجل والمراة المراة لانه ظهر ان عتقه يعتق المراتين بخلاف عتق رجلا
والعتق والعتاق لغة عبارتان عن القوة ومنه عتاق الطير لجوارحها وعتق الفرخ اذا قوي على الطيران
وفرس عتيق اذا كان سابقا وذلك عن قوته والبيت العتيق لاختصاصه بالقوم الدافعة عنه ملك
احد في عصرهن الاعصار وقيل للقديم عتيقا لقوة سببه وللحر اذا استخدمت لزيادة قوتها لقوة
ما تركها وباعتبار القدم او السبق جاءت اوس بن حجر حيث **قال** على آلية عتقت قديما
وليس لها وان طلبت مرام يعني قومت وانما لا لتزام محل وبعده بان العز رقد علت معد على وجار بني حرام
المعنى انه حلف من قدم انه لا يغدر ولا يزني بجارته ولذا القول عتقت اذا سبقت وذلك لتفضل
القوة والعتق ايضا يقال للجمال ومنه سمي الصديق عتيقا لجماله وقيل لقدمه في الخير وقيل
لعتقه من النار وقيل لشرفه فانه قوي في الحسب وهو معنى ما ذكرانه يقال للكريم بني الحسيب
وقيل قالت امه لما وضعته هذا عتيق لك من الموت وكان لا يعيش لها ولد وكل هو هر هذه المعاني
ترجع الى زيادة قوة في معانيها الى مقدم وقيل هو اسمه العلم فيمكن ان يكون سبب وضعه
له الجمال او ثناوا بالحسب المنيف وبعدم الموت الى واذا كان العتق لغة القوة فالاعتاق اثبات
القوة كما قاله في المبسوط والعتق في الشرع خلوص حكمي يظهر في الاوي عما قدمناه ثابتا بالرق
ولا يخفى ثبوت القوة الشرعية به لقدرته على ما لم يكن يقدر عليه فمن هذا قال انه
القوة الشرعية ويمكن ان يكون هذا المعنى من افراد المعنى اللغوي ومن هذا قال في الصحاح
العتق الحرية بنا على ان القوة المعتبر هو بها لغة اعم من كونها في البدن او ما يرجع الى معنى اضر
ولذا الملتقوم في تلك المواضع التي عددناها باعتبار قوة ترجع الى معان مختلفة الا انه
سيفيد بالحرية الطارية على الرق وبه صرح في المغرب حيث قال العتق الخروج عن المملوكية والاعتاق
شرعا اثبات القوة الشرعية وهو المخرج اثبات الحرية وهي الخلوص يقال طين حر للخالص عن
شوبه ومنه يقال ارض حرة لاخراج علاها والكل يرجع الى معنى القوة والرق في اللغة الضعف
ومنه ثوب رقيق وصوت رقيق وقد يقال العتق بمعنى الاعتاق في الاستعمال الفقهي يجوز اباسم
المسبب عن السبب كقول محمد انت طالق مع عتق مولاك ايا ك وسببه الباعث في الواجب
تفريغ ذمته وفي غيره قصد التقرب الى الله تعالى واما سببه المثبت له فقد يكون وجوب

النسب وقد يكون بنفس الملك في الغريب وقد يكون الاقرار بحرية عبد انسان حتى لو ملكه عتق
وقد يكون بالدخول في دار الحرب فان الحربي لو اشتري عبدا مسلما فدخل به دار الحرب ولم يشعر به
عتق عند ابي حنيفة وكذا زوال يده عنه بان هرب من سوء ملكه الحربي الى دار الاسلام وقد يكون اللفظ المذكور
كما سنذكره وهو نفسه وكون الاعتاق اللفظي الانشائي وشرطه ان يكون المعتق حرا بالغا عاقلا مالكا
وحله زوال الرق عنه والملك وصفته في الاختياري انه مندوب اليه غالبا ولا يلزم في تحققه
شرعا وقربه عبادة فانه يوجد بلا اختيار ومن الكافر بل قد يكون معصية كالعتق للشيطان والصنم
ولذا اذا غلب على ظنه انه لو اعتقه يذهب الى دار الحرب يرتد او يخاف منه السرقة وقطع الطريق
وبنفقه مع تحريمه ظاهرا للظاهرية وقد يكون واجبا كالكفارات وقد يكون مباحا كالعتق لزيد الوثنية
ما يكون خالصا لله عز وجل فحصل ان العتق يوصف بالاحكام من الوجوب والندب والاباحة والتحريم هذا
في عتق العبد الذي مالم يخف ما ذكرنا احرز لتمكينه من النظر في الايات والاشتغال بما يزيل الشبهة عنه
واما ما من مالك انه اذا كان اعلا ثمنا من العبد المسلم يكون عتقه افضل من عتق المسلم لقوله صلى الله عليه وسلم
افضل اعلاها ثمنا والمهجة فبعيد عن الصواب ويجب تقييده بالاعلا من المسلمين لانه تمكين المسلم
من مخادمه وتقريبه واما ما يقال في عتق الكافر ما ذكرنا فهو احتمال يأباه ظاهر فان الظاهر رجوع
الاعتاقات والغالب لا يرجع عنها ولذا نشاهد الاحرار بالاصالة منهم لا يزداد ون الا ارتباطا
بعقايدهم فضلا ممن عرضت حريته فهم الوجه الظاهر في استحباب عتقه تحصيل الجزية منه للمسلمين
واما تقريبه للخادم فيسلم فهو احتمال والله اعلم **قوله** وملك للمملوك عن هذا قلنا ان مال العبد
لمولاه بعد العتق وهو مذهب الجمهور وعند الظاهرية للعبد وبه قال الحسن وعطاء والنخعي والشعبي
ومالك لما عن ابن عمر رضي الله عنهما انه صلى الله عليه وسلم قال من اعتق عبدا وله مال فالمال للعبد رواه
احمد وكان عمر اذا اعتق عبدا لم يتعرض لماله قبل الحديث خطأ وفعل عمر من باب الفضل والجمهور
لما عن ابن مسعود انه قال لعبده يا عمير اني اريد ان اعتقك عتقا هنيا فاخبرني بمالك فاني
سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ايما رجل اعتق عبدا او غلاما له فلم يخبر بماله فهو لسيده
رواه الاثر **قوله** وكذا اذا قال الصبي لغة اخر مولذا اذا قال المجنون اذا افاق فهو
حر لما ينعقد كلامها سببا عند الشرط لعدم الاهلية حال التكلم فلم يقع تعليقا معتبرا **قوله**
لقوله صلى الله عليه وسلم في اخره رواه ابو داود والترمذي في الطلاق عن عمرو بن شعيب عن ابيه
عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا نذر لابن ادم فيما لا يملك ولا عتق له فيما لا يملك ولا طلاق
له فيما لا يملك قال الترمذي حديث حسن صحيح وهو احسن شئ روي في هذا الباب وقوله
حتى لو اعتق عبد غيره لا ينفذ معتبر لعدم الوكالة **قوله** لان هذه الالفاظ صريح في الالفاظ
التي تستعمل لانشاء الاعتاق صريح وكناية فالصريح الموضوع للحرية والعتق بأي صيغة كان فعلا
او وصفا او مصدرا فالفعل نحو اعتقتك وحررتك واعتقك الله على الاصح وقيل بالنية
والوصف نحو انت حر محرم عتيق معتق ولو في الدار اطلقا حر يا عتيق فانه كهذا حر والمراد كقوله
هذا مولاي او يا مولاي يعتق وان لم ينو لتم حكم الصريح ان يقع به لو اه اولم ينوه لا ان نوى غير الرق
فيما بينه وبين الله تعالى فلا يقع اذا نوى غيره فلو قال نويت بالمولى الناصر لا يصدق
في القضاء فيما بينه وبين الله تعالى هو على ما نوى وينبغي ان يكون هذا اذا لم يكن هازلا فان كان
هازلا فانه يقع فيما بينه وبين الله وان نوى غيره وهو الكذب هزلا هذا يقتضيه قاعدة رد به الحاكم
كتاب الله من الكافي من قوله ذكر محمد بن الحسن عن ابي يوسف عن اسماعيل بن مسلم المكي عن الحسن عن ابي
الدرداء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من لعب بطلاق او عتاق فهو جايز عليه ونزلت
هذه الاية ولا تتخذوا ايات الله هزوا في ذلك فانه يقتضي وقوعه عند الله تعالى عند الهزل به

وذكر

وذكر يحيى بحدا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال من تكلم بطلاق او عتاق او نكاح فهو جايز عليه وزاد
الشافعية في الصريح فك الرقبة ووضع بانه على الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم لذلك القايل
اليس سوائك الرقبة ان يعين في عتقها وقوله تصح حرا اضافة للعتق وتقويما حرا وتعقد عتق
في الحال ولو قال انت حر ان شئت عتق في القضاء وان قال في افعالك واخلاقك لا يعتق هكذا روي يعتق
محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة وقال انا اري انه يعتق اذا اراد به الحرية وعن ابي يوسف بالنية
قيل والظاهر قول محمد رحمه الله وبادني تامل يظهر ان لا فرق بين هاتين العبارتين في المعنى
فاذا كان كذلك فلا خلاف بينهما على هذا التنزل وعلى اعتبار انه صريح واستبعد **قوله** لانه استعمل
فيه شرعا وعرفا على وجه يتبادر بلا قرينة مع الشهرة فيه وذلك امارة الوضع فوافق الايضاح
وعزي حيث قالوا الصريح ما وضع له والوضع يغني عن النية يعني انه لا يشترط
النية لثبوت العتق امانية عدمه بان ينوي به شيا اخر فتعتبر فيما بينه وبين الله تعالى لا في القضاء على
ما سيذكر **قوله** والوضع اي وضع التركيب لا المفرد على ما لا يخفى واما المركب حتى يجيء فيه الخلاف
في وضع المركب بل التركيبات موضوعة وضعا نوعيا مثلا وضع لنسبة الفعل الذي عن الواضع
صيغة للدلالة على معنى حدثه ليشمل الاخبار بانه وقع منه فيما تقدم على وقت النطق فجعل
ثبات امر له بين وضع اخر له والحاصل ان الحاجة قايمة الى اثبات هذه المعاني عند النطق فلا بد من
وضعها وقد استعمل الشرع والعرف واللغة في ذلك هذه الالفاظ فكانت حقايق شرعية على وفق
اللغة واما هذا الان اهل اللغة ايضا يثبتون هذا المعنى اعني تحرير العبيد والاما ببعض هذه
الالفاظ فقوله فقد جعل انشاء التصرفات الشرعية لم يصح بناء على الجعل المذكور وكاشك
انه الشارع وينبغيه قوله كما في البيع ايضا وحينئذ فيجب ان المراد بجعل الشارع تقريره وكذا
في الطلاق والعتاق وقد قدمنا انفاع الطلاق تقريرا لكلام الاصحاب من ان الطلاق يثبت
اقتضاء صحيحا لاخباره قبيله وكلام الكافي في العتق ايضا مثله وهو يقتضي انه على خلاف سنته
لم يجعل انشاء اصلا وعلى هذا قرره المصنف في الطلاق ولفظه في البيع خالف ذلك وانما
لم تعتبر النية لانها انما تعتبر اذا كان مرادا مشتبها والحق ان المعنى متبادر في خصوص المادة
وهو ما اذا كان الخطاب لعبد او بلا اشارة لقوله لهذا حر فانه يعتق به ايضا والوضع
يعتبر اعتبار خصوص مخاطب ومتكلم فلم يثبت وضعا جديدا فليكن ثبوت العتق على بحكم
الشرع اقتضاء صحيحا لاخبار كما مشى عليه في الكافي هنا وهو وغيره في الطلاق ثم هذا
التقدير انما يجري في غير النداء اما النداء فالتخيير فيه لا يثبت وضعا بل اقتضاء على ما سنذكره
المصنف هذا ويلحق بالصريح قوله لعبده وهبتك نفسك او بعتك نفسك منك فانه يعتق
وان لم ينو لان موجب هذا اللفظ ازالة ملكه الا انه اذا اوجبه لاحد يتوقف على قبوله واذا
اوجبه للعبد يكون مزيلا بطريق الاسقاط فلا يحتاج الى قبوله ولا يرتد برد اما اذا قال
بعتك نفسك بكذا فانه يتوقف على القبول **قوله** ولا يدين لانه خلاف الظاهر بخلاف
ما لو قال عنيت انه كان حر اني وقت فانه ينظر ان كان العبد من السبي دين وان كان
مولد الا يدين كذا في النهاية **فروع** في البدايع وعامة عبيد سالما فاجابه اخر فقال انت
حر ونية لعتق المجيب ولو قال عنيت سالما عتق في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى
انما العتق الذي عناه ولو قال يا سالم انت حر فاذا هو عبد اخر عتق سالم لانه المخاطب
هنا لا سالم وفيه قال لعبده انت حر او لزوجته انت طالق ان نوى العتق
والطلاق وقع لانه يقع من هذه عند الانفراد ما يقع عند التركيب الا انها ليست صريحة
لانها عند الانفراد لم توضع للمعنى فصارت كالكناية فتقف على النية ولو قال انت حر اليوم

من هذا العمل عتق قضا لانه اذا صار حرا فيه شئ صار حرا فيه كل الاشيا **قوله** هذا هو حقيقته
تكلم في النداء بموانع او لما هذا وتمام عبارته فيه فيتحقق الوصف فيه وانه ثبت من جهته
فيقتضي ثبوته نضد يقاله وستقرره من بعد اي في مسئلة يا ابني ثمانيا فيا اذا قبله حر ثم ناداه ان
يا ازاد او ازاد وناداه يا حر انه يعتق فقال انه ليس ببدا باسم علم فيعتبر اخبارا عن الوصف المذكور وهذا
معا يفيد ان عتقه باعتبار اخباره عن ثبوت الوصف الذي هو الحرية فيه فيثبت تصديقا
له وانه لا يخفى انه لا اخبار في النداء اصلا فان قوله يا حر يتضمن معنى يا من اتصف بالحرية
فتثبت الحرية شرعا تصحيحا لكلامه وهذا بفيد ان ثبوتها اقتضا تصحيحا لاخباره والضمني
وهو المقتضي مثل الاخبار الذي الانشا واما كلامه في الوضع الثالث وهو في قوله يا ابني يا اخي
حيث لا يعتق فزاد فيه في ثبوت الاعتاق قيدا اخر وهو ان يكون ذلك الوصف الذي عبر به
عن المنادي ممكن اثباته من جهته كالعتق وما لا يمكن فيه ذلك بجعل المجرد اعلامه بالاستحضار
والنبوة لا يمكن اثباتها حال النداء انه لو خلق من مائه كان ابنا له قبل النداء به **فرع**
في جوامع الفقه قال لعبد غير يا حر استثنى ثم اشتراه يعتق قبل هذا نقض للقاعدة اجيب
بانه يمكن اثباته حال النداء بان اعتق عبد غيره فاجاز المولى فانه يعتق **قوله** كان مراده الاعلام
اي اعلام العبد باسم علم ليحضر بندائه ذهن اظاهر اذا كان عليته له معلومة فيكون قصده
غير استحضار الذات هو الاحتمال دون الظاهر فلا يعتق الا ان يريد فيعتق حينئذ **قوله**
او قال لامته فرجك خص الامة لان قوله لعبده فرجك حر فيه خلاف قيل يعتق كالامة وعن محمد لا يعتق
لانه لا يعبر به عنه بخلاف الامة ولو قال لها فرجك علي حرام ينوي العتق لا يعتق لان حرمة الفرج مع
الرق يجتمعان وفي لسانك حر يعتق لانه يقال هو لسان القوم وفي الدم روايتان ولو قال لها فرجك
حر عن الجماع عتقت وفي الدبر والاست الاصح انه لا يعتق لانه لا يعبر به عن البدن وفي العتق روايتان
والاصح بثبوت العتق في ذكرك حر لانه يقال في العرف هو ذكر من الذكور وفلان فحل ذكر وهو ذكر رسم
قوله وسيأتيك الاختلاف فيه عند ابي حنيفة يعتبر على ذلك المقدار وعندهما يعتق كله
وهي مسئلة تجزي الاعتاق الاتية **قوله** ولو قال لا ملك لي عليك شروع في الكنايات والحاصل
ان ما ليس بصريح من الالفاظ منها ما يتبع به العتق اذا نوى ومنها ما يتبع به سئ وان نواه فالاول
نحو لا ملك لي عليك لا سبيل لي عليك حرجت من ملكي خرق يدك عليك خليت سبيلك لا حق لي عليك
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقوله لامته اطلقتك او انت حرا وقال لعبده انت حر عتق في
الجميع ان نوى ولو قال انت لله او جعلتك لله خالصا روي عن ابي حنيفة لا يعتق وان نوى لان الاشيا
كلها لله تعالى بحكم التخليق وعنهما انه يعتق لان الخلوص لله يتحقق للاباق العتق والثاني يحتاج ان يقول لعبده
بنت مني وامته بنتي مني او حرمت علي وانت بريه او بائن او بتة او اخرجي او اعزبي او استتري
او تقنعي او اذهبي او اختاري فاختارت نفسها لم تثبت العتق بها وان نواه وكذا
طلقتك وكذا سائر صرايح الطلاق وكنايته لما سنذكر ولذا اذا قال اذهب او توجه حيث
شئت من بلاد الله لا يعتق وان نوى وفي المعنى اذهب حيث شئت كناية ولو قال ان مثل الحر
لا يعتق لان التشبيه للمشاركة في بعض المعاني وقد تحقق ذلك وقال بعض المشايخ يعتق اذا نوى
قوله لامراته انت مثل امراة فلان وفلان قد آلى من امراته يصير موليا ان نوى الايلاء
قوله ان السلطان عبارة عن اليد قيل فيه شئ بل هو عبارة عن صاحب اليد والسلطنة
اليد لكن كلام المصنف يفيد انه التحقق لا التساهل والتجوز فانه قال وسمي السلطان به لقيامه
به فانه يقتضي ان المعنى الحقيقي الاصلي للسلطان هو اليد وتسميته عنه به لاتصافه باليد
كما سمي رجلا بالنصل لاتصافه به ثم قيل هو مشترك بين الحجة لقول ابن عباس كل سلطان في

في القران هو الحجة واليد فاذا قال لا سلطان لي عليك فانما نفى الحجة واليد ونفي كل شئ لا يستدعي
في الملك كما لو كاتب فخلاف نفى السبيل لانه نفى الطريق والطريق المسلوك لا يراد حقيقته هنا فجعل
كناية عن الملك لان الطريق ما يتوصل به الى غيره والملك في العبد يتوصل به شرعا الى انفاذ التصرف
فاذا صح جعله كناية عنه عتق اذا اراد بخلاف السلطان فانه اليد فنفيه نفي اليد وهو غير مستلزم
نفي الملك كما في المكاتب فلو جعل كناية عن العتق وفيه ازالة اليد والملك للثبت بالاولى بما وضع
له وانه لا يجوز وقد الاحظ لي عليك واعلم ان بعض المشايخ مال الى انه يعتق بالنية في السلطان لي عليك
وبه قال الائمة الثلاثة وقال بعض المشايخ انه ليس ببعيد وعن الكرخي رحمه الله فنفي عمري ولم ينفصح
في العتق بين نفي السلطان والسبيل ومثل هذا الامام لا يتبع له مثل هذا الا والمحل مشكل وهو جدير
بما اورده فان اليد للعبد بها السلطان ليس مرادا بها الجارحة المحسوسة بل العتق فاذا قيل السلطان
اي يد يعني الاستيلا وقد صرح في الكافي بان السلطان يراد به الاستيلا حقيقة او مجازا فصح ان يراد منه
ما يراد بنفي السبيل بل اولى لما دل ثمانيا فالمانع الذي عينه من ان يراد به العتق وهو لزوم
ان ثبت باللفظ اكثر مما وضع له غير مانع اذ غاية الامر ان يكون المعنى المجازي اوسع من الحقيقي لا ادع
في ذلك بل هو ثابت في المجازات العامة فان المعنى الحقيقي فيها يصير فردا من المعنى المجازي كما هذا
يصير زوال اليد من افراد المجازي اعني العتق او زوال الملك فالذي يقتضيه النظر كون نفي السلطان
من الكنايات **قوله** وثبت على ذلك قيل هذا قيد اتفاقي لا معتبر وكذا لم يذكره في المبسوط وذكره
في الينابيع الثبات ليس بلازم وفي النهاية رايت بخط شيخي وفي متفرع القدوري الى النصل
اراد بقوله وثبت على ذلك انه لم يدع به الكرامة والشفقة حتى لو ادعى ذلك يصدق وفي اصول
محمد الاسلام الثبات على ذلك شرطا لثبوت النسب لا العتق وبوافقه ما في المحيط وجامع
شمس الائمة والمجتبى هذا ليس بقيد حتى لو قال بعد ذلك اومن اول اخطات بعتق ويصدق ولو قال
لاجنبية يولد مثلي لمثله من بنتي ثم تزوجها بعد ذلك جاز صرح على ذلك ام الا قالوا هذا في معرفة النسب
اما مجهولة النسب ان دام على ذلك ثم تزوجها لم يجز والاجا زقال في المجتبى يعرف بهذا ان الثبات
شرط الفرقة وامتناع جواز النكاح لا العتق وانما شرط الثبات لثبوت النسب دون العتق لان
ثبوت النسب يجي الرجوع عن الاقرار به دون العتق على ما سمعت من المتزوج بمن اقر ببنتيتها
وفي مختصر الكرخي اذا اقر في مرضه بابن من ابيه وامه وابن ابن او بم وصدقه المقر به ثم انكره
المريض وقال ليس بيني وبينه قرابة ثم اوصى بماله لرجل ومات وارث له فان المال كله للموصى له ولا شئ للمقر
له لان المريض لحقه ما اقر به من ذلك ولم يبطل اقراره لانه رجع اذا قال هذا ابني هل تصير امه ام ولد
له اذا كانت في ملكه قيل لا سواء كان الولد مجهول النسب او معروف النسب وقيل تصير ام ولد
في الوجهين وقيل ان كان معروف النسب حتى لم يثبت نسبه منه صارت ام ولد له وهذا اعدل
قوله اذا كان يولد مثله لمثله يعني اذا كان مثله في السن يجوز شرعا ان يكون ابنا لمثله
المدعي في السن هذا هو المراد الخ كله حتى لو كان المدعي ابيض ناصعا والمقول له اسود
حالك او بالقلب وسنه يحتمل كونه ابنه ثبت النسب **قوله** وان كان ينتظم الناصر
قال تعالى حكاية عن ذلك بان المولى الذين استوا وان الكافرين لا مولى لهم وابن العم كما ذكر في قوله
تعالى حكاية عن زكريا واني خفت الموالي من ورائي **قوله** فتعين الاسفل فالتحق بالصريح
اورد عليه شارح انه مشترك استعمل في معان فلا يكون مكشوف المراد فلا يكون صريحا
فلا بد من التنبيه وقولهم المولى لا يستخدم بمملوكه عادة ممنوع بل تحصل له النصرة بهم على ان
نقول الصريح ينوف الدلالة والمتكلم بنادي انا عنيت الناصر بلفظ المولى وله دلالة عليه
حقيقة وهم يقولون دلالة الحال من كلامك تدل على ان المراد الاسفل فاعتبر ارادة الناصر

ونحو وهذا في غاية المكابرة انتهى والجواب ان قوله استعمل في معان فلا يكون مكشوف المراد ان اراد
واما معنى الجواز ان ينكشف المراد من المشترك في بعض الموارد الاستعانة بالقرائن انه يا بني غير افترانا
ظاهرا كما هو فيما نحن فيه ومتعارف الموالي لا يستنصر بعبده لا يلام ما اسند من قوله تحصل النصرة بهم ان المراد
انه اذا احتيج اليهم لا يستنكف للنصر عبده بل بني عمه وان كان العبيد والخدم ينصرونه لكنه يانف
من دعابهم عادة وندائهم لذلك فاين ومتى ايام لذلك من كونهم ينصرونه واما قوله الصريح يفوق الدلالة
فكانه اراد الكناية تطلق فلم تنقل هذا الصريح وهو قوله اردت الناصر بلفظ المولى اما كالة
بعد قوله هو مملوك بالصريح في ارادته العتق فاتبت حكمه ظاهرا وهذا وهذا الصريح بعد رجوع عنه
فلا يقبله القاضي والكلام فيه ونحن نقول فيما بينه وبين الله سبحانه وتعالى لو اراد الناصر لم يعتق فابين
المكابرة واعلم ان هذه المسئلة خلافا لما ذهب بعض الشارح انه لا يعتق في هذا موالي الا بالنية وانه بين الصريح
والكناية **قوله** وقال زفر لا يعتق في الثاني وهو يا مولاي الا بالنية وبقوله قال الشافعي ومالك
واحمد لانه يراد به الاكرام بمنزلة قوله يا مالكي يا سيدي افاد انما من الكنايات بالاتفاق فاذا
قال لعبده ذلك نادى يا للعتق عتق وهكذا في يا سيدي وقد قيل انه يعتق بها وان لم ينو وقيل اذا لم
ينو عتق في يا سيدي لا في يا سيدي والمختار انه لا يعتق فيهما الا بالنية **قوله** بخلاف ما ذكر وهو
يا سيدي يا مالكي لانه ليس فيه ما يختص بالعتق في الحال ولا بعد العتق لانه لا يصير سيدا بالعتق
لسيده والوجه ان حقيقته متعذرة لعوض ان المتكلم حر غير عبد فتعين المجاز ولم يلزم خصوص
المجاز الذي هو العتق بجواز ان يريد مجازيا اخر هو الاكرام فلا يتعين لاحدهما الا بالنية
نقلنا اذا نوى يا سيدي العتق عتق اما اذا لم تكن له نية صير الى الاخف الذي هو الاكرام
لان زوال الملك لا يثبت مع الاحتمال بالنية بخلاف يا مولاي لانه بحقيقته في الاسفل يثبت
العتق بعد انتفاء الحقيقة الاخر يا ثاني **قوله** ولو قال يا ابني او يا اخي لم يعتق لان النداء علام
المنادى بطلوبه حضور فان كان يوصف بمكن اتباته من جهته يضمن تحقيق ذلك الوصف
تصديقا له كما سلف وان لم يكن تجرد الاعلام والبنوة لا يمكن اتباتها من جهة المعتق الا تابعا
لثبوت النسب وعلى ذلك هذا فينبغي ان يكون محل المسئلة ما اذا كان العبد معروف النسب
والا فهو مشكل اذ يجب ان يثبت النسب تصديقا له فيعتق وفي نوادر ابن رستم عن محمد رحمه الله
لو قال العبد يا عمي يا خالي او يا ابي يا جدي او يا ابني او يا بنتي يا عمتي يا خالتي او يا اخي او العبد
يا اخي لا يعتق في جميع ذلك ووجهه على وجه يدفع واعلم انه اذا كان يوصف بمكن اتباته
من جهة المنادى بذلك اللفظ جعل مثبتا له مع النداء والا فلا شك ان لا بنية لا يمكن اتباتها
بذلك اللفظ سواء اخلق من مائه او من ما غيره فتقول المصنف لانه لو خلق من ماء غيره لما اخيه
ملا فائدة فيه للقطع بانه اذا خلق من مائه لا تثبت الابنية الا بذلك التخليق من ذلك الما
لا باللفظ وهذا على ان ثبوته لا بطريق الاقتضاء وذلك لان ما يثبت لتصحيحه يجب كونه خبرا
صحيحا بخلاف ما تضمنه النداء بوصف وعلى هذا فما قدمنا تقريره يا حر مساهلة لعدم اختلاف
الجواب فان الثابت للحرية فان قرر ثبوتها اقتضى للخبر الضمني او انها تامنه بلفظ النداء
بالوصف يحصل المقصود واما الرواية عن ابي حنيفة التي ذكرها المصنف شاذة فليس وجهها
الا لزوم الثبوت اقتضاء للخبر الضمني تحقق وصف الابنية غير انه يستلزم ثبوت النسب
اذا كان العبد مجهول النسب ومثله يولد له وعدم العتق اذا كان معلوم النسب **قوله**
لهم ان هذا الكلام محال اي معناه الحقيقي محال فيرد فيلغو انتسبه واذا لغوا لم يوجب حكما
اصلا باعتبار الحقيقة وهو ثبوت النسب لا باعتبار المجاز وهو ثبوت العتق كما انه
لو قال اعتقتك قبل ان اخلق لم يثبت به العتق وهذا بنا على ان شرط صحة المجاز عندهم

تصور

تصور حكم الاصل فان المجازي ليس محلا وعنده لا بل الشرط صحة التركيب لغة بان يكون مبتدا
وخبرا ومن سعد بانتهاض وجهه في المبنى سعد بهذا الفرع ونحن وجهه يعرف ان استدلال المصنف
كله في غير محل النزاع لانهم لا ينكرون ان البنوة سبب للعتق وانه طريق المجاز بل يشترطان
بعد ذلك شرطا اخر وهو تصور حكم الاصل اي الحقيقي فتحرر محل النزاع ان يقول انتفوا
ان المجاز خلف عن الحقيقة لوجود معنى الخلف به والاصل ان لا يصار الى المجاز الا عند
تعذر معنى الحقيقة او تعيين المجاز بدليل اخر واختلفوا انه جهة الخلفية فعندهما الخلفية
بينهما في الحكم يعني ان الحكم الذي يثبته المجاز كثبوت الحرية بلفظ هذا ابني خلف عن الحكم الذي
يثبته نفس هذا اللفظ اذا كان حقيقة وهو ثبوت النسب وعند ابي حنيفة في التكلم يعني نفس
الكلام فيكون لفظ هذا ابني مستعملا في الحرية خلفا عن هذا ابني مستعملا في ثبوت البنوة وقيل
بل خلف عن لفظ هذا حر وهو الاصل والاول اوجه وان كان معنى الاخر صحيحا لانهم لم يحكموا خلافا لهم
في جهة الخلفية وعلى ما قيل يكون فيها وفي الاصل ايضا انه نفس اللفظ الذي هو المجاز في الاستعمال
الحقيقي او اللفظ الذي يودي ذلك المعنى المجازي بطريق الحقيقة وقال فخر الاسلام في تحرير قول
ابي حنيفة يشترط صحة الاصل من حيث انه مبتدا وخبر موضوع للايجاب بصيغته فاذا وجد
وتعذر الحمل بحقيقته الى اخر ما ذكره وكاشف ان صحة الاصل من تلك الجهة مع تعذر معناه
الحقيقي انما هو في هذا ابني الاكبر اما هذا حر فصحيح لفظه ولم يتعذر معناه الحقيقي واستدل
لهما من وجهين بانه لا بد في المجاز من انتقال الذهن من الموضوع له الى المجوز فيه لتوقف اللازم
على الملزوم فلا بد من امكانه والا استحال لان الموقوف على المحال محال وصرح بالقياس على مسئلة
الحلف على مس السماء وشرب ماء في هذا الكوز وبما فيه حيث كفت عقيب اليمين في الاولى
وجب الكفارة فيه دون الثانية فوجوب الكفارة حلف عن البر ولما امكن البر في الاولى تصور
مس السماء انعقد نفي بحق الحلف ولما لم تتصور في الثانية لم ينعقد فرأينا الحالف بعقد
فيما امكان الاصل وبانه بان الحكم هو المقصود باللفظ فاعتبرا الخلفية بين اللفظين
من جهة ما هو المقصود اولا من غيره واجيب عن الاول بان توقفه على فهم الموضوع له على انه
غير مراد لينتقل عنه الى اللازم المراد وفهمه لا يستلزم امكان تحققه في الخارج وبجيب
عن الثاني بان تلك الخلفية بين حكمين شرعيين ومعنى خلفيته حكم شرعي لاخر هو كون انما
يتعلق شرعا بتقدير تعذر امتثال الاول وهذا فرع تعلق الاول وتعلق الخطاب بايجاد
الامكان الذاتي كالكفارة على المس والتيمم للوضوء فلا يتصور شرعا حلف استحال اصله
لانه لا تعلق اذ ذاك ولم تجب في مسئلة الكوز لعدم تعلق وجوب البر وحينئذ ظهر
انه لا ملازمة بين لزوم امكان محل حكم شرعي لتعلق الحكم بخلفه ولزوم الامكان حتى وضع
لفظ لصحة استعمال ذلك اللفظ مجازا وظهر مما ذكرنا ان حكم اليمين الاصلي هو وجوب البر
لا البر نفسه والجواب عن الثالث ان هذا تصرف باللفظ بان يستعمل من قبل وضع ولم واخر بي
فيما لم يوضع ولم يعمل من جهة اهل اللسان اذ شرطوا لذلك سوا وجود مشترك يجوز التجوز
وهو يحتاج سوا الى ادراك الحقيقي ثم الحاجة الى ادراكه ليس لنفسه بل لتستعمل العلاقة
فان ما لم يتصور لم تعلم العلاقة فكانت الحاجة الى مجرد فهمه ايضا غير مقصود بالذات فاشتراط
امكان وجود المعنى الحقيقي في الخارج لم يدل عليه دليل بل اللغة تنفيه فانه يستلزم
ان لا يجوز زيد اسد فانه وزان هذا ابني الاكبر منه فان معنى المركب الحقيقي مستحيل لاستحالة
كون الانسان اسدا والاتفاق على جوازه بل وعلى بلاغته وما فوق به من هذا استعاد
بجملته بخلاف هذا اسد لان المجاز في نسبته دون الالفاظ ممنوع واذا ثبت انتفاء هذا الشرط

فاذا تكلم بكلام وتعذر الحقيقي له والكلام طريق يجوز به فيه تعين نويا او لم ينو اذ لا مزاحم
كما يلغى كلام العاقل وما نحن فيه كذلك فانه يكون مجازا في معنى عتق على من حين ملكته استعمالا
لاسم اللزوم فيه لازمه ثم كانه هنا داخل في الوجود عتق ديانة وقضاء او قضاء وانتصور
امه بذلك ام ولد له بخلاف اعتقتك قبل ان اخلق او تخلق لانه لا طريق فيه للمجاز فلغا
ضرورة وقوله وهذا بخلاف ما اذا قال لغيره الى آخره جواب عن تعيين احرز لما
وهو اذا قال لاحر قطعت يدك خطأ فاجرحها تحجتين فانه يلغو اهذا الكلام بالاتفاق
ولم يجعل مجازا عن الاقرار بالمال لعدم امكان معناه الحقيقي فاجاب بان لغوه ليس لتعذر
الحقيقي بل لتعذر كل منه ومن المجازي لان المال الذي التطع سببه مال مخصوص وهو الارش
الواجب على العاقلة في سنتين ولا يمكن اثباته الا من حقيقة القطع فلا يمكن جعل اللفظ مجازا
بالسبب على المسبب والذي يمكن اثباته وهو مطلق المال ليس القطع سببا له فامتنع
ايجاب المال به مطلقا فلغي ضرورة بخلاف ما نحن فيه لان الحرية لا تختلف ذاتها حاصلة
عن لفظ حر او لفظ ابني فامكن المجازي حين تعذر الحقيقي فوجب صونه عن اللغو وقوله
ولو قال هذا الصبي آخره جواب عما قيل انه يلغو اقال بل هو على الخلاف ايضا فعندا بي
حنيفة يعتق واما لو قال لعبد الصغير هذا اجدي فاجاب عنه او بانه على الخلاف وقيل هو
الاصح لانه وصفه بصفة من يعتق على ملكه وثانيا بالعرق وانه لا يعتق اتفاقا وهو ان
هذا الكلام لا موجب له في الملك الا بواسطة الاب ولا وجود له في اللغة قوله ولو قال
هذا اخي اي لعبده لا يعتق في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة يعتق وهي رواية الحسن وجه
الرواية بين بانه اخرج الكلام مخرج الاقرار بالنسب على قوله ان النسب سبب الحرية في المملوك
ويعرف منه وجه هذه وهو ان الاخوة سبب لعتق المملوك وهو الة الظاهر على قوله
في هذا جدي وقيل لا يعتق بالاجماع لان هذا الكلام لا موجب له في الملك لا بواسطة
هنا ان هذا الكلام لا موجب له في الملك لا بواسطة الاب او الام وما ذكر لما به يفيد الحكم
في التركيب فلا يفيد حكما وبان الاخوة تتعال لما بالنسب والرضاع والدين فلا يتعين
النسب الا بدليل حتى لو قال هذا ابي او امي او من النسب عتق اذا عرف هذا فلا شك
في صحة الاصل المذكور لكن تخريج الفرع عليه قد يرد عليه منع التعين لثبوت استعماله
كثيرا في معنى الشفقة فيجب المصير اليه فلا يتعين واحد من المعنيين المجازيين او تعين
هذا لانه ابسط قررنا في ياسيدي ياما لكي لما تعذر الحقيقي لم يعتق عليه في القضاء
لا بالنية فان اجيب بان اعتبار الفائدة الشرعية اولى وهي المتعينة هنا ورد عليهم
هذا اخي فانه لا يعتق ودفعه بانه مشترك بين الشركة في النسب والدين
والقبيلة وحكم المشترك التوقف الى القرينة حتى لو قال عنيت به وبحن عتق وبان
العتق بعلة الوداد وما ذكره في اللغة ليكون مجازا عن لازمه فامتنع لعدم طريقه
رد عليه منع الاشتراك بل هو حقيقة في النسب مجاز في الباقيات ولو دار بينهما كان
المجاز اولى وان علة عتق القريب عندنا القرابة المحرمة لا خصوص الوداد ولذا
يعتق في هذا حالي وعمي بلا خلاف بين اصحابنا ذكره في البدايع وفرق بينه وبين
هذا اخي بانه يحتمل الاكرام بالنسب بخلاف العم فانه مما يستعمل للاكرام عادة وهذا
يقوي ما اوردناه في هذا ابني فلا يخلص الا بترجيح رواية العتق في هذا اخي وهي
ما نقله المصنف ولو قال لعبده هذا ابني ولكذا اذا قال لامته هذا ابني لا يعتق وان كان
يولد مثله لان الاول مجاز عن عتق في الذكر لانه لجهة البنية حقيقة والثاني عنه

في الانثى فانتفى حقيقته لانتفاء محل يتركن فيه ولا يتجوز بلفظ الابن في البنت وقلبه اتفاقا
لعدم لازم شهور وغيره وليلا يلزم تقسيم اللفظ الى معنيين مجازيين احدهما من حيث
هو والاخر من حيث هو مضاف وقد ذكرنا فيما كتبناه على البديع ان الاتفاق على منعه اللهم
الا ان يعتبر المجاز مقاليا في نفس اضافة البنت وكل من لفظ الاشارة والبنت والياحقيقة
فلا تجوز في نسبه المراد بالاشارة بالبنية فلا مسمى لها عن نسبته اليه بالعتق فيتعين
الاول وما ذكره المصنف بيان تعذر عتقه بطريق ظاهر وهو انه اذا اجتمعت الاشارة
والتسمية والمسمى من جنس المشار تعلق بالمشار وان كان من خلاف جنسه يتعلق
بالمسمى وبين هذا الاصل في باب المهر وهو الذي اراده بقوله حقنا ه في النكاح والمشار
اليه فنا مع المسمى جنسان لان الذكور والانثى في الانسان جنسان لاختلاف المقاصد
فيلزم ان يتعلق الحكم بالمسمى اعني مسمى بنت وهو معدوم هنا فان الثابت ذكر قوله
وكذا على هذا الخلاف جميع الفاظ الصريح كانت مطلقة والطلاق والكناية كما لو قال لامته
انت علي حرام او بائن او بتلة او بتة او بنت مني او خلية او برية وحبلك على غاربك
واحرجي وقومي واذهبي واعزبي واختاري فاختارت نفسها وتتخيي او قال ذلك
لعبده لو قال له طلقتك او اعتقتك في ذلك كله وان نوى خلاف ما تقدم من قوله اطلقتك ونوى
حيث يعتق بالاتفاق وقال الشافعي يعتق في ذلك كله اذا نوى وعن احمد روايتان احداهما
كقولنا والاخرى كقوله قوله لان بين الملكين اي ملك الرقبة وملك النكاح موافقة
قوله اذ كل منهما الى آخره حاصله انه اثبات المشابهة بين الملكين اعني ملك الرقبة
وملك النكاح وبين التصرفين الواردين عليهما اما الاول فان النكاح في حكم ملك العين شرعا
لا ملك المنفعة لتنزيل ملك لازم ملك العين شرعا عليه او هو اشتراط التابيد له كما في
البيع والشفعة لازم ملك المنفعة وهو التوقيت حتى انه يبطل به اذ هو لازم تملك المنفعة
اعني الاجارة واستفاد بكل منهما ملك الوطي بخلاف الاجارة واما الثاني فلان كلا من
التصرفين اسقاط للملك ولهذا يصح تعليقه بالشرط ولزمت السراية فيه واما الاحكام
التي هي ملك البيع والشراء والشهادة والنفقة وتملك الاموال وهو معنى القوة الشرعية
فليس العتق هو المثبت لها بل يثبت بسبب سابق على العتق وهو كون العبد ادميا
مكلفا فان هذه خصائص الادمية فالادمية مع التكليف هي السبب وانما امتنعت
بمانع الرق وبالعتق يزول المانع فيظهر اثر المقتضي كالزوجية في حق الخروج والتزوج
امتنع بمانع الزوجية حفظا للنسب ولا يسلب اهليتها عنه ثم بالفرقة يزول
المانع لها عنه ولهذا يصح لفظة العتق والتحرير كناية عن الطلاق فيجب ان يصح الطلاق
كناية عن العتق لان صحة الاول للمناسبة وهي مشتركة لانها نسبة بين الطرفين
فاذا ناسب الشيء غير ناسبه الآخر قوله ولان انه نوى ما لا يحتمله لفظه اي ما لا
يسوغ استعماله فيه فلم يبق سوى مجرد النية ومجرد النية من غير لفظ مستعمل في
المعنى جائز الاستعمال فيه لا يوجب شرعا ثبوت ذلك المعنى الشرعي كما لو قال
اعتقتي ينوي به العتق والطلاق لا يعتق ان وانما قلنا انه لا يسوغ استعمال فيه لان
سوغ استعمال اللفظ في المعنى اما وضعه له او التجوز به فيه والاول منتف وكذا الثاني
لان التجوز له طرق مخصوصة لغة وصرح واضع اللغة انواعها وهذا ما يقال ان نوع
العلاقة موضوع ووضع نفس اللفظ للمعاني المجازية وضعا ما وهذا ما يقال المجاز
موضوع وضعا نوعيا وحقيقة الحامل معنى قوله كل لفظ وجد بين مسماه ومعنى اخر

مشترك اعتبرته فلتكلم ان يطلقه على ذلك المعنى وثبوت اعتباره عنه بان يثبت عنه
انه استعمل اللفظ باعتبار جزئي من جزئيات ذلك المشترك فثبت به اعتباره لذلك
النوع لتحققه في ذلك الجزئي او نقل اعتباره والثابت عنه في علاقة المشابهة
ان يكون في وصف خارج ظاهر في المتجوز عنه ثبوته فيه اقوى منه في المتجوز به فيصير
المتجوز به مشبها والمتجوز عنه مشبها به وقولهم يشترط كونه وصفا مختصا مرادهم
كونه ظاهرا في المشبه به المتجوز عنه لحقيقة الاختصاص وان لم يكن مشتركا فلا
يتجوز باعتبار ما ليس هو فيه فللاول لا يجوز التجوز باسد للاجوز والمحموم حوانيا
وصفان ملازمان للاسد لعدم ظهورهما وشهرتهما وللثاني وجب ان لا يكون المعنى المشترك
في محل المجاز اكثر منه في محل الحقيقة اذا عرف هذا فنقول الاعتاق انما هو اثبات تلك
القوة التي فصلنا فروعها للعلم بعدم سلك تلك الامور قبله والاصل في اضافة عدم الشيء ان
يكون لاجل عدم المقتضي لاجل قيام المانع لان عدمه هو الاصل في عدم الحكم لان الغالب
ثبوت الحكم عند ثبوت المقتضي ولو سلم فالاصل عدم المقتضي فيبقى على العدم ما لم يثبت
وجوده ولم يثبت ودعواه انه الادمية مع التكليف ممنوعة بل بمجرد ذلك لا يقتضي
ملكا اما عقلا فظاهر وشرعا لم يثبت بل انما يثبت شرعا وجدان ذلك الملك مع الحرية
فتلك هي السبب الشرعي والطلاق لازالة قيد النكاح ليحل ملكا القائم عليه حتى يجوز
الخروج والتزوج وهذا لان ملكا متحقق الثبوت بعد التزوج حتى جاز بيعها وشراها وشهادتها
ولم يمنع منها سوى ما قلنا لحفظ النسب ومناسبة بين ازالة المانع في محل ليحل الملك القايم
عليه وبين اثبات الملك الزايل لمحل بعلاقة تجوز التجوز ولم ان تكون مختصة بالمتجوز عنه اي ظاهرة
مشهورة ثبوتها فيه اقوى منه في محل المجاز المشبه بل هو هنا عكس هذا فان الاسقاط المشترك
ثبوته في العتق اكثر واوفر منه في الطلاق والمتجوز بلفظ الطلاق يقتضي كون الطلاق هو الاكثر
اسقاطا والاشهر به فلذا جاز التجوز بلفظ العتق عن الطلاق لوقوعه على وفق الشرط المدلول
وامتنع عكسه وان العتق سبب لزوال ملك المتعة حيث كان سبب زوال ملك الرقبة فهو فيه
لفظا السبب في المسبب بخلاف قلبه فانه المسبب في السبب وهو ممنوع الا ان اختص والا وجد
المسبب دون السبب المعين فلا تلازم ولا علاقة وما قيل يلزمه سببا ايضا بدليل ان الامة
لو كانت متزوجة فاعتقت يوجب زوال ملك المتعة افاهو بناء على اعتقاد ان المراد بالسبب العلة
وهو ممنوع ولو سلم فالعلة انما تؤثر عند كون الحكم معدوما قبلها الا يرى ان البول بعد الذبح
يوجب حدثا ولم يخرج بذلك عن كونه علة للحدث وعلى من يلتزم انه يوجب حدثا امر يكون
ان يقال اوجب العتق حرمة اخرى للمتعة فغن هذا قبيل الكنايات منها ما يقع العتق به بلا نية
كقوله تصدقت عليك بنفسك او ملكتكها او وهبت نفسك منك او اوصيت لك بنفسك
او بعت نفسك منك فهذه كنايات لاحتياج الى النية لان الاحتياج اليها اذا كانت تحمل
معاني وهذه تحتمل غير العتق فاستغنت عنها ومنها ما يقع بالنية كما تقدم ومنها ما لا يقع وان
نوى كلفظ الطلاق والكنايات والتحقيق في مثل الاول ان يقال انه يعتق بالصريح كما في سواي
من حيث انا سوى العتق انعقت ارادته فتعين فالحق بالصريح واتفق المعنى المواضع
هنا لتعذر حقيقة الملك للعبد فتعين المعنى المجازي وهذا بناء على ان الصريح يخص
الوضعي والا فيجعلان صريحا وبه قال جماعة وهو الحق وقد اخترناه في كتبنا قوله و
ولو قال ما انت الا حر عتق لان الاستثناء من المنفي اثبات على وجه التاكيد هذا هو الحق المفهوم
من تركيب الاستثناء لغة وهو خلاف قول المشايخ في الاصول وقد بينا ه في الاصول وانه لا بقاء في

قوله

قوله الا استثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا واما كونه اثباتا موكدا فلورود ه بعد النفي بخلاف الاثبات
المجرد قوله ولو قال راسك راس حر لا يعتق لانه تشبيه بحذف حرفه ولو قال راس حر عتق
لانه اثبات الحرية فيه اذ الراس يعبر به عن جميعه وهذا يقتضي انه لا يتبوي كما لو قال راسك
حر فانه لا يحتاج الى النية لان المسئلة مسئولة من نوادر ابن سماعة لو قال راسك راس حر
عتق اذا نواه وفي نوادر هشام قال ابو يوسف لو خاط مملوكه ثوبا فقال لهذا خياطة حر يعتق
وفي الهارونية لو راها تمشي فقال هذه مشية حر ولم يتكلم فقال لهذا الامر حر لا يعتق الا ان ينوي
اردت العتق وهذا قول ابي يوسف وقال الحسن ابن زياد من قوله يعتق في القضاء ويدين
فيما بينه وبين الله تعالى وفي نوادر ابن سماعة عن محمد قال حسبك هذا واصلك هذا وعلم انه من بيع
لا يعتق لانه صادق وكذا لو قال ابوك حران وفي نوادر المعلى قال ابو يوسف لو قال فرجك
حر لم يعتق الا في حرج في القضاء وبينه فيما بينه وبين الله تعالى ولا عتق وفي نوادر ابن سماعة
عن محمد لو قال استك هذا وكذا ذكر هذا وتقدم فصل في ما يعتق الاخبار بالاعتاق
قوله وهذا اللفظ مروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه النسائي عن ضمرة ابن ربيعة عن سفيان
الثوري عن عبد الله ابن دينار عن عبد الله ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم عتق
عليه وضعفه البيهقي والنسائي لسبب ان ضمرة انفرد به عن سفيان وصححه عبد الحق وقال ضمرة
ثقة واذا السند الحديث ثقة فلا يضر انفراده به ولا ارسال من ارسله ولا وقف من وقفه
وصوب ابن القطان كلامه وممن وثق ضمرة ابن معين وغيره وان لم يحتج به في الصحيح واما الحديث
الثاني وهو قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر فاخرجه اصحاب السنن الاربعة
عن حماد بن سلمة عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ابو داود وغيره انفرد به
الحسن عن سمرة عن حماد وقد شك فيه فان موسى ابن اسماعيل قال في موضع اخر عن سمرة فيما
حسب حماد وقد رواه شعبة مرسلا عن الحسن عن النبي صلى الله عليه وسلم وشعبة احفظ من
حماد انتهى وفيه مثل ما تقدم من كلام عبد الحق وابن القطان وهو ان رفع الثقة لا يضر ارساله
غيره ورواه الطحاوي من حديث الاسود عن عمر موقوفا ورووي من حديث ابن عمر موقوفا وعائشة
وعلي باسانيد ضعيفة وروى الطحاوي باسناده الى سفيان الثوري عن سلمة بن كهيل عن
المستورد ان رجلا زوج ابن اخيه مملوكته فولدت اولادا فاراد ان يسترق اولادها فاتى
ابن اخيه عبد الله ابن مسعود فقال ان عمي زوجني وليدته وانها ولدت لي اولادا فاراد ان
يسترق ولدي فقال ابن مسعود كذب ليس له ذلك وفي المبسوط ان ابن عباس قال جاء رجل الى
النبي صلى الله عليه وسلم وقال يا رسول الله اني دخلت السوق فوجدت اخي يباع فاستنزيته فابى
اريد ان اعتقه فقال صلى الله عليه وسلم فان الله قد اعتقه قوله والثاني الى اخره وتقولنا
قال احمد وذكر الخطابي في معالم السنن انه قول اكثر العلماء وقال روي ذلك عن عمر وابن مسعود
ولا يعرف لهما مخالف من الصحابة وبه قال الحسن البصري وجابر ابن زيد وعطاء والشعبي
والزهري وحماد والحكم والثوري وابن شبرمة وابو سلمة والحسن بن حي والليث وعبد الله
ابن وهب والسحاق والظاهرية وقال مالك يعتق في قرابة الولادة والاخوة والاخوات
دون غيرهم وفي المبسوط قال داود الظاهري اذا ملك قريبه لا يعتق بدون الاعتاق لظاهر
قوله صلى الله عليه وسلم لن يجزي ولد ابا ولده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه ولو عتق
بنفس الشراء لم يبق لقوله فيعتقه فايدة ولان القرابة لا تمنع ابتداء الملك فلا تمنع بقاءه
ولنا قوله تعالى في ما ينبغي للرحمن ان يتخذ ولدا ان كل من في السموات والارض الا اتي الرحمن عبدا
لقد احصاهم وعدهم عد اثبت به ان الابنية تنافي العبدية فاذا ثبتت الابنية انتفت

الجديه والمراد بالنص يعقبه بذلك الشر اكما ينزل الطعمه فاشبعه وسقاه فاراده والتعقيب
حاصل اذا العتق يعقب الشراء انما انتفى له الملك ابتداء لمكان العتق لا يحصل قبله بخلاف ملك
النكاح لم يثبت ابتداء لانه لا فايدة في اثباته لاستحقاقه البينونة **قوله** له ان ثبوت
العتق من غير مرضات المالك في الولاء ينفيه القياس على غير القريب من البعيد وعلى سايير
الاملاك اذ لا تخرج عن ملك مالكها من غير رضا واختيارا او لا يقتضيه القياس ولا ينفيه وقد
ثبت العتق في الولاء بالنص والاجماع الامر لا يعتد بخلافه والاخوة وما ضاهيها نازلة عن قرابة
الولاء فامتنع الالحاق اي الحاق غير الولاء بالولاء بطريق القياس والاستدلال اي الالحاق من
بطريق الدلالة لعدم الاولوية والمساواة بل يجب الالحاق بغير المحارم من القرابات فالقرابات
ثلاث ولاء وغيره من المحرمية وعدمها كاينا الاعمام والعمات وابنا الاخوال والخالات ويجب رد
المتنازع فيه الى ما هو اشبه به من قرابتي الولاء وغير المحارم وهو بالثاني اشبه حقيقة وحكما
فلان قرابتهم قرابة مجاورة في الرحم وقرابة الولاء قرابة بعضيه واما الثاني فلان راينا احكامهم
مختلفة بغير المحارم في الشهادة والقود وحل الحليلة وامتناع النكاح فكذا في هذا الحكم **قوله**
ولنا ما روينا نتحمل معه جميع المعاني المعينة والقياس الصحيح بل ولانه النص تقدم من ملك
قريبه قرابة موثرة في المحرمية فيعتق عليه كالاخ في الولاء وهنا اعني كونه قرابة موكدة في المحرمية
هو الموثر في الاصل وهو قرابة الولاء يعني هو الذي تعلق به الحكم فيه والولاء ملغى ولو سلم فغاية
ما صنع ان ارانا عدم العلة في الفرع وهو لا يستلزم عدم الحكم فيه لجواز ان يعلل الاصل باخوي
متعدية الى ما لم يتعد اليه تلك وهي ما عيناه من القرابة المحرمة لانها قد ظهر اثرها في جنس هذا
الحكم وهو فسخ النكاح الذي هو ادنى الذلتين فلان يوثر في رفع اعلاهما هو ملك الرقبة اولى وهذا
المسلك من مسالك العلة هو الذي لا نزاع في صحته والنص يهايد على تعيينه وهو ما روينا فانه
يفيد تعليق الحكم بالقرابة المحرمية لما عرف وهذا يفيد الغاء ما عينه وقول المصنف حتى وجبت
النفقة الزام مختلف فيه لكنه لما ثبت بالدليل وهو قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك الزم به
غير معتبر خلافه وكانه قابت اتفاق وقولهم ان الحديث لم يثبت غير صحيح لثقة الرواة
وليس فيه سوى الانفراد بالرفع وهو غير قادح لان الراوي قد يصل وكثيرا ما يرسل ويعلوم
انه اذا ارسل فلا بد ان يكون غير واسطة وغاية الامر انه عين الواسطة من وثق من اخر
ولو كان مرسلا كان من المرسل المقبول اما على قول الجمهور وهو قولنا وقول مالك واحمد فيقبل
بلا شرط بعد صحة السند وقد علمت صحته واما على قول الشافعي فيقبل اذا علمت الصحابة على وفقه
وان سمعت ان الثابت قول بعض الصحابة ولم تثبت عن غيرهم خلافهم فثبت بهذا مشاركة
هذه القرابة للولاء في هذا الحكم فان شاركوا غير المحارم في غيره فلا يعارضه اعتبارهم بهم فيه
لانه الحاق بالاشبهية وكاثره له ولو كان صحيحا عنه فالمعنى الذي ظهر اثره في جنس الحكم
اولى منه فكيف مع النص على نفس الحكم **قوله** والافتراض عند القدرة جواب عن اعتبار
لعدم الكتابة فقال علة العلة التي عينها الشرع افتراض الوصل انما ثبت عند القدرة وانا
هي غاية بالجر والمكاتب عبد لا يقدر على الاعتاق والكتابة نوع اعتاق فليس كتابة غير الولاء
مما ينتظم كتابته بخلاف كتابة الولاء فانه لكون الجزئية قائمة يدخل لان الكتابة ترد على
جميع اجزايه على ان عن ابي حنيفة انه يتحايب على الاخ وهو قولهما قلنا ان نمنع والجواب
عن الشهادة والزكاة ان عدم جوازهما في قرابة الولاد باعتبار انه عليك عن نفسه وشهادة
لها من وجه وهذا المانع منتف في غير الولاد **قوله** ولا فرق بينهما اذا كان المالك مسلما
او كافرا في دار الاسلام وكذا لا فرق بينهما اذا كان العبد مسلما او كافرا في دار الاسلام لعموم العلة

وهي القرابة المحرمية وقيد بقوله في دار الاسلام لانه لا حكم لها في دار الحرب فلو ملك قريبه
في دار الحرب او اعتق المسلم قريبه في دار الحرب لا يعتق خلافا لابي يوسف وعلى هذا الخلاف
اذا اعتق الحربي عبده في دار الحرب ذكر الخلاف في الايضاح وفي الكافي للحاكم عتق الحربي في دار
الحرب قربيه باطل ولم يذكر خلافا اما اذا اعتقه وخلاه تعالى في المختلف يعتق عند ابي يوسف
وخلوه له وقالا لا له لان عتقه بالتخلية لا بالاعتاق وهو كالمراغم قال المسلم اذا دخل
دار الحرب فاشتري عبدا حربيا فاعتقه عنه القياس لا يعتق بدون التخلية لانه في دار
الحرب ولا يجري عليه احكام الاسلام وفي الاستحسان يعتق من غير تخلية لانه لم تنقطع عنه احكام
المسلمين ولا له عندهما وهو القياس وقال ابو يوسف له الولاء وهو الاستحسان وذكر قول
محمد مع لابي يوسف في كتاب السير وعلى هذا فالجمع بينه وبين ما في الايضاح ان يراد بالمسلم الذمي
الذي نشا في دار الحرب وهنا نص على انه داخل هناك بعد ان كان هنا فلذا لم تنقطع عنه احكام
الاسلام وهذا بخلاف استحقاق النفقة لانها منوطة بعلة القرابة الموروثة بالنص فلم يجب
مع اختلاف الدين **قوله** وعتق المكره والسكران واقع في الكره خلافا لابي حنيفة الثلاثة والاكراه
لا يزيل الا الرضى والعتق لا يتوقف عليه ولذا جاز عتق الهازل وفي السكران اتفقوا على الوقوع
على الخنا وعندهم وتقدم في الطلاق **قوله** اما الاضافة الى الملك كان يقول ان ملكتك
او ملكت عبدا ونحوه فهو حر فيه خلافا الشافعي في وجه فان ما لكا وافقنا فيه وكذا عن احمد
وفرق بينه وبين الطلاق اذا لم يجز اضافته الى الملك بخلاف العتق فان العتق مندوب اليه
بخلاف الطلاق وعندنا المصحح مطرد فيهما على ما عرف فلم يفترقا في ذلك **قوله** فيجري فيه
التعليق بالخطر فيه بيننا وبين الشافعي رحمه الله انما الخلاف في انه هل يشترط للوقوع تحقق الملك
من حين التعليق الى وجود الشرط فعندنا نعم زال الملك فبين التعليق ووجود الشرط لا يبطل اليمين
وعنده يبطله والخلاف مبني على انعقاد المعلق سببا عند الحلف عنده وعندنا عند وجود الشرط
قوله واذا خرج عبد الحربي الينا مسلما عتق سواء خرج سيده بعد ذلك مسلما او لا وقيد
بالخروج لانه لو اسلم ولم يخرج لم يعتق وقولنا قالت الايمة الثلاثة وقال الاوزاعي اذا خرج
سيده مسلما يرد اليه وعند الظاهرية اذا اسلم عتق خرج اولم يخرج ولورد ابن حزم عليه ان
سلمان اسلم وسيده كافر ولم يعتق بذلك قلنا اجاب بان لم نقل بهذا الا لعتق رسول الله صلى الله عليه وسلم
من خرج اليه مسلما من عبيد اهل الطايف وهي بعد الخندق بدهر وبدعوى نسخ تملك الكافر
للمومن بقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المومنين سبيلا ولا شك في انجاء الايراد
وهو ما يصلح دليلا لنا وفي الجواب ما لا يخفى **قوله** لقوله صلى الله عليه وسلم في عبيد الطايف
اخرجه ابو داود وفي اسناده ابو داود والترمذي في المناقب عن علي واللفظ لابي داود قال خرج
عبدان يكنيان العبين الى النبي صلى الله عليه وسلم يوم الحديبية قبل الصلح فقالوا يا محمد ما خرجوا رغبة في دينك وانما خرجوا هربا من الرق فقال ناس صدقوا يا رسول الله
ردهم اليهم فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال ما اراكم تنتهون يا معشر قريش حتى
يبعث الله عليكم من يضرب رقابكم على هذا وابى ان يردهم وقال هم عتقاء الله سبحانه قال
الترمذي حديث حسن صحيح غريب لا نعرفه الا من هذا الوجه ورواه الحاكم وقال
صحيح على شرط مسلم وذكر ابو داود في غزوة الطايف من كتابه المغازي جماعة من
العبيد خرجوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم عدتهم واحدا واحدا ابو بكرة وورد ان والمنبعث
والازرق ومحشي النبال وانيس ابو جابر وبي رونافع ومرزوق كل هؤلاء اعتقهم
صلى الله عليه وسلم فلما اسلمت ثقيف تكلموا في هؤلاء ان يردوا الى الرق فقال صلى الله عليه وسلم

اولئك عتقا امر بسبيل الهم واخرج عبد الرزاق حدثنا معمر عن عاصم بن سليمان حدثنا ابو عثمان
النهدي عن ابي بكرة انه خرج مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو محاصر اهل الطايف ثلاثة وعشرين
عبدا فاعتقهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فهم الذين يقال لهم العتقاء وفي مراسيل ابي داود فلما
اسلموا ليم رد النبي صلى الله عليه وسلم الوهم اليهم وفيه مجهول واخرج البيهقي مرسلا وقال ثم وفد
اهل الطايف فاسلموا وقال يا رسول الله رد علينا رقيقنا الذين اتوك فقال اولئك عتقاء
الله ورد عليه كل رجل ولا يجوز قوله ابدا احتراز عمن بقا الرق فانه يبقى بعد الاسلام
بعد ثبوته بطريقه قوله عتق حملا باجماع الاربعة ولو استثناه صح كما ستقف عليه
خلافا للاحمد واسحق والنخعي والشعبي وعطا وابن سيرين وقول مروي عن عمر وابي
هريرة فانهم لا يجوزون عتق الجنين دون امه بعد نفخ الروح بل قبله وتعتق امه تبعا
له وقال ابو يوسف اذا خرج اكثر الولد فاعتقت لا عتق هو لانه كالمنفصل في حق الاحكام
حتى تنقضي به العدة ولو مات في هذه الحالة ورث بخلاف ما اذا مات قبل خروج الاكثر
قوله ثم اعتاق الحمل صحيح عند الجمهور خلافا للظاهرية ولا يجوز بيع الام اذا عتق ما في
بطنها ويجوز هبتها والفرق ان الاستثناء في بطنها عند بيعها لا يجوز قصدا فلذا احكما بخلاف الهبة
قوله لما فيه قلب من الموضوع واما استحقاق ام الولد العتق بولدها ثم عتقها عند موت
السيد بذلك السبب فيما يلي فخلاف القياس وقد يقال هذا اقرب نقضا لو كان عتق
ام الولد تبعا لعتق ابنها بالنص وهو منتف اذ هو فرع عتقه وهو فرع سابقة رقه وليس
كذلك لانه يعلق حرا فلا يرد نقضا اصلا ليحتاج الى الجواب بانه خرج بالنقض على خلاف
القياس وسنذكر انه انما يعتق اذا مات به لا قل من ستة اشهر من حين اعتقه قوله
والقدرة عليه اي على التسليم فلذا لم يجز بيع الابق ويجوز عتقه قوله على ما مر في الخلع
الحوالة غير رابحة فانه لم يذكر في هذا الكتاب والفرق بين هذا والخلع حيث يجوز اشتراط
بدله على اجنبي ان العتق على مال معارضة فانه ملك العبد به نفسه وتحدث له القوة
الشرعية وذلك اي شيء نفيس ويجوز اشتراط العوض الا على من يسلم له العوض كما في البيع
والاجارة بخلاف المراة فانها لا تحدث لها قوة به ولا تملك نفسها لان ذلك كان ثابتا لها
قبل على ما قدمناه فلا فرق بينها وبين الاجنبي فاذا جاز اشتراطه عليها جاز عليه وكذا لا يصح
بطريق الكفالة لانه لا يجب على الاجنبي فكيف يجب على الكفيل فكذا لو قال للامة اعتقت
ما في بطنك على الف عليك فعتقت لم يلزمها شيء لانه لا يجب على الاجنبي فكيف يجب على امته
لا يجب له على امته شيء بسبب غيرها قوله لاقل من ستة اشهر منه اي من وقت العتق
فلو جاءت به لستة اشهر فصاعدا منه لم يعتق الا ان يكون حملا اثنين جاءت باولهما
لاقل من ستة اشهر ثم جاءت بالثاني لستة اشهر او اكثر او تكون هذه الامة معتدة
عن طلاق او وفاة فولدت لاقل من ستين من وقت العتاق وان كان لاكثر من ستة
اشهر من وقت الاعتاق حينئذ فيعتق لانه كان محكوما بوجوده حين اعتقه حتى ثبت
نسبه وعلى هذا فرع ما لو قال لما في بطنك حر ثم ضرب بطنها فالقت جنينا ميتا ان ضربها
بعد العتق لاقل من ستة اشهر تجب دية الجنين لابيه ان كان له اب حر لانه حر وان لم يكن يكون
لعصبة المولى لان المولى قاتل فلا يستحق الارث وان ضرب لستة اشهر لا شيء عليه
لانه عبده لذا ذكر قوله فيعتق عليه التحقيق انه يعلق حرا لانه يعلق مملوكا ثم يعتق
كما يعطيه ظاهر العبارة فانه يجب القطع بان ابن ابرهيم ابن النبي صلى الله عليه وسلم لم يكن قط
الا حرا وفي المبسوط الولد يعلق حرا من الماءين لان ماءه حر وهي جارية مملوك لسيدها

فلا تحقق المعارضة بخلاف ابنه من جارية الغير فان ماءها مملوك لغيره فتحقق المعارضة
فيتوجه جانبها بانه مخلوق من مائها بيقين بخلاف الرجل ولذا لا ينتفي عنها بحال وقد ينتفي عن الاب
ولثبت النسب منها بالزنى وبعد الملاعنة حتى يتوارثان دون الاب وكان ماءها اول بالاعتبار
عند التعارض او الاستهلاك مايه بما لانه في موضعه ويزداد قوة منا لامته او نرجح بالحقيقة
والتذكية او لانه قبل الانفصال كعضو منها حتى فرض بالمواضع ويعتق بعتقها ولا يستثنى
من بيعها والزوج رضي برق الولد حيث اقدم على تزوجها مع العلم برقها وفي هذا اجماع حتى لو كان
الزوج هاشميا كان ولده هاشميا مرقوقا بخلاف المغرور فانه لم يرض به لعدم علمه فكذا قلنا
يعلق حرا في حقه فتجب قيمته قوله كما يتبعها في المملوكية والرقوقية اورد عليه ان اللفظين
ليفيد تغاير مفهومهما فالرق هو الذل الذي ركبه الله تعالى على عباده جزاء استنكافهم
عن طاعته وهو حق الله تعالى او حق العامة على ما اختلفوا فيه والملك هو يكون الانسان
من التصرف فيه ما لم يمنع به مانع سلب الولاية على نفسه وهو حقه فاولى ما يوصف بالاسير
يوصف بالرق لا المملوكية حتى يجوز بداءة الاسلام فالملك عام يتعلق بالجماد والحيوان
والرق خاص بالانسان وبالبيع يزول عنه ملك وبالعتق يزول كل منهما لكن
زوال الملك قصدا ثم يتبعه الرق ضرورة فزاعه بذلك الزوال عن تعلق حقوق العباد
برقبته فبين بهما انه يتبع الام في الخاص والعام ولذا اذا تولد بين الماكول وغيره
كالحمار الانسي مع الحمار الوحشي يؤكل واذا تولد بين الوحشي والانسيه كالبقرة مع بقر او حمار
حمار وحش يجوز التضحية به والاختلاف مفهومهما قد يختلفان في الكمية في شخص فيما كملاك
في القن ورق ام الولد والمدبر ناقص حتى لا يجوز عتقه عن الكفارة والملك فيها كامل والمكاتب
عكسه رقه كامل حتى جاز عتقه عن الكفارة وملكه ناقص حتى خرج من يد المولى ولا يدخل
تحت قول كل مملوك له حر وما اورد من ان الرق لا يقبل التجزي فكيف يقبل النقصان
يندفع بان المراد بنقصان الرق نقصان حالة الرق ونقصان ذاته والحاصل ان الولد يتبع الام
في الحرية والرق والتدبير والكتابة وحكم امية الولد وفي النسب يتبع الاب وفي الدين
يتبع خير الابوين دينا **باب العبد يعتق بعضه** لاشتماله على كثرة وقوع عتق
المحل وندرة عتق البعض وفي ان ما كثر وجوده فالحاجة الى بيان احكامه امس منها الى ما يندر
وجوده وان دفع الحاجة المساسة مقدم على المنادرة فلذا اخر هذا عما قبله قوله اذا اعتق
المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند ابي حنيفة ويعتبر قيمته
في الحال والاستسعاء ان يؤاجره فيأخذ نصف قيمته من الاجرة ذكره في جوامع الفقه وسيجيء انه اذا
امتنع عن السعاية فعل ذلك اذا كان له عمل معروف وهو يفيد ان معنى الاستسعاء غير هذا وانما
يصار اليه عند امتناعه فيكون الاجارة تنفذ عليه جبرا وظاهر ان هذا اذا عين مقدارا
كربع هروي ونحوه فلو قال بعضك حر وجزء منك او شقص امرا بالبيان ولو قال سهم منك
حر فقياسه في قول ابي حنيفة ان يعتق سدسه كما في الوصية بالسهم من عبد فيسعى
في خمسة اسداسه وقوله عتق ذلك القدر تعبير بالعتق عن زوال الملك لا عن زوال
الرق فانه عند ابي حنيفة رقيق كله بخلافه في قوله وقالا يعتق كله فانه عن زوال الرق
اي وقالا لا يزول الرق عنه كله ثم قال المصنف رحمه الله واصله ان الاعتاق يتجزى عنده فينتشر
على ما اعتق وعندهما لا يتجزى وهو قول الشافعي يعني فيما اذا كان المولى واحدا او كان الشريكين
والمعتق موسرا اما اذا كان الشريكين والمعتق معسرا فيبقى ملك الساكت كان حتى جاز له
بيعه عنده والمراد من تجزي الاعتاق تجزي المحل في قبول حكمه فيثبت في البعض دون

البعض والذي يقتضيه النظر ان هذا غلط في تحرير محل النزاع فانهم لم يتواردوا على محل واحد
في التجزي وعدمه فان القائل العتق او الاعتاق يتجزي لم يرده بالمعنى الذي يريده به قائل انه لا يتجزأ
وهو زوال الرق او ازالته اذ لا خلاف بينهم في عدم تجزيه بل زوال الملك او ازالته والخلاف في تجزيه
فلا ينبغي ان يقال اختلف في تجزي العتق وعدمه او الاعتاق بل الخلاف في التحقيق ليس الا فيما يوجبه
الاعتاق او ما هو بذاته فعنده زوال الملك وبتبعه زوال الرق فلزم تجزي موجبه عنوان زوال
الرق لا يثبت الا بمقدار زوال الملك عن الكل شرعا لحكم الحديث لا يزول الا بعد غسل كل الاعضاء وغسلها
متجزئ وهذا ضرورة ان العتق قوة شرعية هي قدرة على تصرفات شرعيه من الولايات كالشهادة
والقضاء والبيع وانكاح بنيه ونفسه ولا يتصور ثبوت هذه في بعضه شايعا فتقطع بعدم تجزيه
والملك متجزئ قطعا فلزم ما قلنا من زوال الملك عن البعض وتوقف زوال الرق على زوال الملك
عن الباقي وحينئذ فينبغي ان يعارض الدليل من الجانبين على ان الثابت به او اثر زوال الملك او الرق فانه
محل النزاع والوجه متهض لابي حنيفة اما المعنى فلان تصرف الانسان يقتصر على حقه وحق الملك
اما الرق فحق الله تعالى وحق العامة على ما تقدم فيلزم ان الثابت بالاعتاق زوال الملك او اثم بزوال
الرق شرعا اتفاقا اذ ازال الا المالك وبهذا اندفع ما قيل زوال الملك لا يسمى اعتاقا والا لكان
البيع والهبة اعتاقا فانه انما يلزم لو كان البيع والهبة زوالا الملك لا المالك لان ذلك هو المسمى بالعتق
لا ازالة الملك كيف ما كان واما الاسم فلما في الصحيحين وغيرهما من حديث بن عمر رضي الله عنهما
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من اعتق شركا له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه
قيمة عدل فاعطى شركاءه حصصهم وعتق العبد عليه والا فقد عتق منه ما عتق اذ فد تصور عتق البعض
فقط وقول ايوب لا ندري اشيء قاله نافع او هو شيء في الحديث لا يضر اذ الظاهر بل الواجب انه
منه اذ لا يجوز ادراج مثل هذا من غير نصب قاطع في افادة انه ليس من كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم
فلم يوجب في الحديث علة فادحة وكذا ما رواه البخاري ايضا عن ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي
صلى الله عليه وسلم قال من اعتق شقصا في مملوك فخلاصه عليه في ماله ان كان له مال والا قوم عليه
فاستسعي به غير مشقوق عليه اي لا يغالى عليه الثمن افاد عدم سراية العتق الى الكل بمجرد عتق
البعض وقد كان قد خلص قبل تخليص المعتق هذا هو الظاهر واما ما روى لها من حديث ابن عمر
رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم من اعتق نصيبا له في مملوك او شركا له في عبد وكان له من المال ما يبلغ
قيمته بقيمة عدل فهو عتيق فهي لفظة فقد عتق كله فانها يقتضي عتق كله اذا كان له مال يبلغ ثمنه
وليس مدعانا ذلك بل انه يعتق كله بمجرد اعتاق بعضه كان له مال او لا فقد افادت الاحاديث
ان العتق هنا يقتصر ولا يستلزم وجوده السراية وان وردت في العبد المشترك واستدل
ايضا بدلالة الاجماع وهو ان المعتق اذا كان معسرا يمضي بالاجماع ولو كان اعتاق البعض اعتاقا
للكل وانلافا له لضمن مطلقا كما اذا اتلفه بالسيف او بالشهادة به لانسان ثم رجع بعد القضاء
فانه يضمن موسرا كان او معسرا لكن قد يقال في هذا ان السعاية تقوم مقامه فلا يتعين وجه
ثبت الاقتصار لزم ان يكون المراد بالعتق في قوله فقد عتق منه ما عتق زوال الملك وكذا يلزم
في قول كل من نقل عنه القول بتجزيه كالحسن وعمر بن عبد العزيز عن علي وعمر خلاف ما قيل ان قول
عمر قولها فقد اسند الطحاوي الى عبد الرحمن بن يزيد قال كان لنا غلام شهد القادسية فابلى
فيها وكان بيني وبين ابي رافع الاسود فاراد ان يعتقه وكنت يومئذ صغيرا فذكر الاسود ذلك
لعمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال اعتقوا انتم فاذا بلغ عبد الرحمن ورغب فيما رغبتم والا ضمنكم
انتهى فعبد الرحمن العتق بعد بلوغه بعد ان ثبت في العبد اعتاقهما وانما قلنا ذلك لان الرق
يتجزأ زوالا عند احد ولزم المطلوب وهو ان الثابت بالاعتاق بالذات زوال الملك واذا

واذا ثبت ذلك لزم في اعتاق بعض العبد الخاص به ان يعتق ذلك القدر اي يزول ملكه عنه ويبقى كل
الرق فيه كله وهو المسئلة المتكلم فيها واذا ظهر ان ما زال بالاعتاق هو الملك والرق ثابت في كلهم وانما
شرعا الا يبقى في الرق لزم ان يسعى العبد في باقي قيمته لاحتباس مالية الباقي عنده وما لم يود السعاية
فهو كالمكاتب حيث يتوقف عتق كله على اداء البدل وكونه احق بكاسبه وفائدة للسيد عليه ولان
استخدام وكونه رقيقا كله الا انه يخالفه في انه لو عجز لا يرد الى الاستخدام بخلاف المكاتب لسبب
ان المستسعى زوال الملك عن بعضه للمالك صدقه عليه واما يلزم المال ضرورة الحكم الشرعي
وهو تضمينه فشرا بخلاف المكاتب فان عتقه في مقابلة التزامه بعقد باختيار بقاء وينسخ
بتعجيزه نفسه وعلى هذا اذا اعتق امة مشتركة بينه وبين اجنبي ثم ولدت فللشريك
ان يضمن المعتق القيمة عن نصيبه يوم عتقه وان بعضه شايعا من قيمة الولد لانه ماضع في الولد
شايعا لانه لم تثبت حرية الشريك في الولد لانها كانت مكاتبة حين ولدت والمكاتبة احق بولدها
كما انها احق بكسبها والاعتراض بانه ليس كالمكاتب لهذا الفرق ليس بشيء لان التشبيه لا يستلزم
عموم وجه الشبه فيه واذا تحققت ما ذكرناه من محل النزاع ظهر لك انما ذكره ابن الحاجب بالطلاق
والعفو عن القصاص والاستيلاء غير مفيد لانه ان اريد الحاق ازالة الرق بها في عدم التجزي
فغير محل الخلاف للاتفاق على ان الرق لا يتجزى زوالا او الحاق ازالة الملك بها فيه فغير صحيح
لانهم وغيرهم لا يقولون بانه لا يتجزى واقصى ما يمكن في تقريره ان يحمل الحاقا لزوال الملك لا الى
مالك في عدم التجزي بان يتنزل ويدعي ان المتجزي زوال الملك لا الى مالك الى ما عدا مالك الحاقا بالامور
المذكورة فان في الطلاق زوال ملك الا الى مالك وفي العفو زوال الحق لا الى مستحق اخر والاستيلاد
زوال ملك كذلك اعني ملك بيع وهبة او بالجواب او انه الحاق لان عدم التجزي في الاصل لعدم
التصور واذا لا يمكن نصف المرأة منكوحة ونصفها مطلقة ونصفها مستولدة ولا نصفها والا لسقط
نصف حق القتل فان القتل يثبت حقه لا نصفه فيه لا يثبت وهو معنى سقوط القصاص
وليس عدم التجزي فيها ان لزوال الا الى مالك بل الاثر يكون الزوال الا الى مالك او الا الى بخلاف زوال
ملك الرقبة وهذا معنى قول المصنف وليس في الطلاق والعفو حالة متوسطة اي ليس فيهما الا
زوال كليهما او بقاؤهما فاثبتناه في الكل اي فاثبتنا زوال الملك في الكل ترجيحا للمحرم وهو
الحرمة فانه اجتمع فيها موجب الحرمة وهو الطلاق والعفو وموجب الحل وهو عدم اتصاف
البعض به واما الاستيلاد فتجزى حتى لو استولد نصيبه من مدبرة اقتصر حتى لو مات
المستولد تعتق من جميع ماله ولو مات المدبر عتقت من ثلث ماله وانما كمل في الفتنة
لانه لما ضمن نصيب صاحبه بالافساد ملكه من حين الاستيلاد فصار مستولدا جارية نفسه
فثبت عدم التجزي ضرورة واذا كان العبد بين شريكين فاعتق احدهما نصيبه عتق اي زوال
ملكه عنه فان كان المعتق موسرا فشريكه بالخيار ان شاء اعتق نصيبه ويجزاء مضافا وينبغي
اذا اضاف الا يقبل منه اضافته الا زمان طويل لانه كالرجوع في التدبير معنى ولو دبره وجب عليه
السعاية في الحال فيعتق كما صرحوا به فينبغي ان يضاف الى مدة تتشاكل مدة الاستسعاء وان شاء
ضمن المعتق قيمته اذا لم يكن باذنه فان كان باذن الشريك فلا ضمان عليه له وان شاء استسعى
العبد فيها فان ضمن رجع المعتق على العبد والولاء للمعتق وان اعتق او استسعى فالولاء بينهما
في الوجهين اي في الاعتاق والسعاية وهذا كله عند ابي حنيفة رحمه الله هكذا ذكر في الاصل
وذكر في التحفة عن خيارات هذه الثلاثة وان بدر وعلمت حكمه ان يستسعى وان بكاتبه
وهو بريء الا ان معنى الاستسعاء انه لو ادى منع العبد عن السعاية يؤاجره جبرا
ويدفع اليه ان لكاتبه في معنى الاستسعاء انه لو اداه على الفور من قيمته ان كان من النقدين

لا يجوز الا ان يكون قدر ما يتغابن الناس فيه لان الشرع اوجب السعاية في قيمته فلا يجوز الاكثر وكذا لو صالحه على عرض اكثر دان كاتبه على عرض قيمته اكثر من قيمته جاز ولو كان الساكت صبيا والمعتق موسرا فالخيار بين التضمين والسعاية لوليه والتضمين اولى لانه انظر ولو لم يكن ولي انتظر بلوغه ليختار وقيل هذا في موضع ليس فيه قاض فان كان في موضع فيه قاض نصب القاضي له فيما ليختار التضمين او الاستسعاد وليس للوصي اختيار العتق لانه تبرع بمال الصبي وكذا لو كان مكان الصبي مكاتب او عبد مأذون ليس لهما الا التضمين او الاستسعا اما المكاتب فان له ان يكاتب والاستسعا منزلة الكتابة واما العبد المأذون فالقياس ان يكون له حق التضمين فقط لان الاستسعا بمنزلة الكتابة وليس للعبد المأذون ان يكاتب ولكن قال سبب الاستسعا قد تقرر وهو عتق الشريك على وجه لا يمكن ابطاله وربما يكون الاستسعا انفع من التضمين فلهذا ملك المأذون ذلك وان كان لا يملك الكتابة ابتدا واذا اختار المكاتب او المأذون التضمين او الاستسعا فمات لم يبطل ما لهما لانهما ليسا من اهل الوراثة فثبت الولا لاقرب الناس اليهما وهو المولى وان لم يكن على العبد دين فاختار المولى الان كسبه مملوك للمولى في هذه الحالة وتقدير القيمة يوم الاعتاق فلو كان فيه صحيحا ثم عمي يجب نصف قيمته صحيحا وقلبه لو كان اعمى يوم العتق فانجلى بياض عينه يجب نصف قيمته اعمى لانه حال ثبوت سبب الضمان وكذا يعتبر اليسار والاعسار وقت العتق فلو كان موسرا وقت التضمين فاعسر لا يسقط عنه الضمان ولو كان معسرا فايسر لا ضمان ولو اختلفا في قيمته يوم اعتقه فان كان العبد قائما نظر الى قيمته يوم ظهر العتق حتى اذا لم يتفاوتا على العتق فيما مضى يقوم للحال لان العتق حادث فيحال على اقرب اوقات ظهوره وكذا اذا اراد ان يستسعي العبد ولو تفاوتا قوائما على وقت العتق واختلفوا في قيمته في ذلك الوقت فالقول قول المعتق كالغاصب لانه ضامن وينكر الزيادة ولو اختلفا في اليسار والاعسار فقال المعتق اعتقت وانا معسر وقال الشريك بل انت موسر نظر الى حاله يوم ظهر العتق اما لانه كالمنشئ للعتق في الحال او لانه لما وقع الاختلاف فيما مضى يحكم الحال فان كان في الحال موسرا فالظاهر شاهد لمن يدعي اليسار فيما مضى وان كان معسرا في الحال فالظاهر شاهد لمن يدعي العسرة فيما مضى وهو كالمستأجر مع رب الطاحونة اذا اختلفا في جريان الماء في المدة يحكم الحال ولو تفاوتا قائما على ان العتق كان سابقا عليه في مدة قد تختلف حاله فيه فالقول قول المعتق في انكار يسار لانه ينكر المعنى الموجب للضمان واذا كان موسرا يوم اعتقه فاختار الشريك ضمانه ثم بدا له ان يبريه ليستسعى الغلام لم يكن له ذلك وروى ابن سماعة عن محمد انه ان قضى القاضي له بالضمان او رضي به المعتق فليس له ان يستسعي الغلام بعد ذلك والا فله قيل ما ذكر في الاصل من الاطلاق محمول على ذلك التفصيل وقيل بل في المسئلة روايتان ولو مات الساكت قبل ان يختار شيأ فلورثته من اختيار ما كان له لانهم قائمون مقامه بعد موته وليس هذا توريث الخيار بل المعنى الذي اوجب الخيار للمورث ثابت في الورثة فان شاؤا اعتقوا وان شاؤا استسعوا العبد وان شاؤا ضمنوا المعتق فان ضمنوا فالولا كله للمعتق لانه بأداء الضمان الهم بملك نصيبهم كما كان يتملك باداء الميت الى المورث وان اختاروا الاعتاق او الاستسعا فالولا في هذا النصيب للذكور من اولاد الميت دون الاناث لان عتق البعض كالمكاتب والمكاتب لا يورث عنه وانما يورث ما عليه من المال فيعتق نصيب الساكت على ملكه والولا يكون له فيخلفه في ذلك الذكور من اولاده دون الاناث اذ الولا لا يورث وان اختار بعض الورثة السعاية وبعضهم الضمان فلكل واحد منهم ما اختار من ذلك لان كل واحد منهم فيما ورث قائم مقام الميت وروى الحسن عن ابي حنيفة انه ليس لهم ذلك الا ان يجتمعوا على التضمين او الاستسعا قال في المبسوط هذا هو الاصح لانه صار كالمكاتب لا يملك الا ما يرث

فكذلك

فكذلك هم لا يملكون نصيب الساكت بعد موته والدليل عليه فصل الولا الذي تقدم لا يثبت لهم بالاعتاق ابتدا ولكنهم خلفوا المورث فيقومون مقامه وليس للورث ان يختار التضمين في البعض والسعاية في البعض فكذا الورثة ولو لم يمت الساكت ولكن مات العبد قبل ان يختار الساكت شيأ فله ان يضمن المعتق قيمة نصيبه ان كان موسرا وروي ابو يوسف عن ابي حنيفة انه ليس له ان يضمنه قيمة نصيبه بعد موت العبد لان نصيبه من العبد باق على ملكه والضمان غير متعين على المعتق بالم يختر ضمانه فاذا هلك على ملكه فليس له ان يغرر الضمان على شريكه بعد ذلك وهذا لان صحة اختيار التضمين معلق بشرطين احدهما ان يملك نصيبه منه بالضمان وقد فات هذا الشرط بموته لان الميت لا يحتمل التمليك وجه ظاهر الرواية ان وجوب الضمان عليه كان لاجل السبب وهو الافساد قد تحقق به فكان بمنزلة الغصب وموت العبد بعد الغصب لا يمنع من تضمين الغاصب وهذا لان تضمينه من وقت العتق وكان محلا للتمليك عند ذلك بخلاف ما لو باعه نصيبه او وهبه على عوض حيث لا يجوز في الاستحسان وان كان القياس جوازه كالتضمين لان هذا تمليك للحال وهو غير محل له وفي جامع قاضي خان لو اعتق احد الشريكين في مرض موته وهو موسر ثم مات لا يؤخذ ضمان المعتق من تركته في قول ابي حنيفة رحمه الله بل يسقط الضمان بجهة طريق التحمل صلة والصلاة تسقط بالموت وعندهما يؤخذ به لانه ضمان اتلاف واما عرف استسعا العبد عند عسرته بالنص بخلاف القياس **قوله** وقالا ليس له اي للساكت الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار ويرجع المعتق على العبد اذا ضمن والولا للمعتق قال المصنف رحمه الله وهذه المسئلة تنبني على حرفين احدهما يجزي الاعتاق عنده وعندهما فيسعى ويحرر مديون وتقدم بيانه والثاني ان يسار المعتق يمنع السعاية عنده وعندهما يمنع لها فيه ان جميع النصوص التي ظاهرها تجزي الاعتاق كقوله فقد عتق منه ما عتق وحديث فعليه خلاصه في ماله وقوله من اعتق عبدا بينه وبين آخر قوم عليه قيمة عدل لا وكس ولا شطط ثم عتق عليه في ماله ان كان موسرا في الصحيحين وكذا ما انفرد به البخاري عن سالم عن ابيه ان النبي ﷺ قال من اعتق شقصا له في مملوك قوم عليه ثم عتق والتي ظاهرها عدم تجزيه كحديث بن المليح عن ابيه ان رجلا اعتق شقصا له من غلام فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ليس لله شريك واجاز عتقه رواه احمد وابو داود وزاد رزين في ماله وفي لفظ هو حر كله ليس لله شريك وحديث البخاري عن بن عمر عنها عنه صلى الله عليه وسلم من اعتق نصيبا له في مملوك او شركا له في عبد وكان له من المال ما يبلغ قيمته بقيمة العدل فهو عتيق كلها تفيد ان الحكم الثابت عند يسار المعتق ليس غير ولذا اختار الطحاوي قولهما ووجه انه قسم فجعل الحكم عند يسار تضمينه وعند اعسار الاستسعا والقسمة تنافي الشركة واستدل الاولى حنيفة بقوله انه اي الساكت احتبس على الفاعل ماليه نصيبه عند العبد فلا ضمان يضمنه وان وقع احتباسها عنده بغير اختياره كما اذا هبت الريح فالقت ثوب انسان في صبغ غيره فانصبغ به فان لصاحب الصبغ ان يضمن مالك الثوب قيمة صبغه موسرا كان او معسرا لما قلنا الا ان العبد فقير فيستسعيه ويأخذ فضل كسبه كالمعسر المديون وهذا يفيد ان تضمين المعتق على خلاف القياس لانه اذا كان القياس تضمين العبد كان تضمين غيره غير وهذا لانه وان حصل افساد نصيبه بعتقه الاختياري لكنه تصرف في ملك نفسه فصار كما اذا اهدم داره فانهدمت لذلك دار جاره واورد عليه انه معارض للنصوص بالتعليل فانها اوجبت السعاية اذا كان المعتق معسرا اذا كان موسرا واجيب بان الشرط يوجب الوجود عند الوجود ولا يوجب العدم عند العدم ولا يلزم نفي الاستسعا عند نفي الاعسار فجاز ان يثبت عند عدمه ايضا بالدليل وهو ما ذكرنا من الاحتباس كذا اورد

شارح واجاب والتحقيق في ايراده ان النصوص قسمت فاعطت حكم وجود الشرط وحكم عدمه
فقال عند اليسار التضمين وعند عدمه وهو الاعسار الاستسعاء والقسمة تفيد اختصاص كل قسم
بحكمه فلا يوجد الاستسعاء عند اليسار كما لا يوجد التضمين عند الاعسار وحينئذ يندفع ذلك الجواب
وقد اجيب ايضا بنحو وهو ان القسمة ذكرت بلفظ الشرط وهو انما يقتضي الوجود عند الوجود ن
وحقيقة هذا الجواب منع ان القسمة تنافي الشركة مطلقا بل ذاك اذا لم يكن بشرطين بل بشرط واحد
مثل قوله صلى الله عليه وسلم واذا قال سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا لك الحمد وليس بشيء اذ لا اثر للتعدد
الشرط ووحدته في اختلاف حكم القسمة وفي الثاني جعل فائدة القسمة نفي الضمان لو كان فقيرا والاخفى
ان هذه القسمة كما تفيد نفي الضمان لو كان فقيرا تفيد نفي الاستسعاء لو كان موسرا بعين الجهة التي تفيد
بها ملك الافادة فان قيل ومن اي وجه افادت القسمة نفي الشركة فالجواب انه لما اعطي فيها حكم الشرط
وحكم نقيضه كان ظاهرا في ان المذكور مع كل من النقيضين تمام حكمه فلا يكون له حكم اخر غيره وغاية
ما يمكن ان يقال ان اقتصار الشارع على التضمين عند اليسار لانه المحتاج لبيانه واذا كان على
خلاف الدليل الظاهري وذلك ان الدليل وهو الاخبار من يقتضي قصر الاستسعاء على عتق الشريك
سواء كان موسرا او معسرا فلا يجوز تضمين المعتق فبين الشارع موضع مخالفته وهو التضمين
في صورة اليسار وترك الاخر وهو جواز استسعاء العبد فيها لان الدليل منصوب عليه وهذا لان
الدليل انما دل جواز الاستسعاء مقصورا فنفى القصد ونفي جوازه ولا يخفى ان في هذا تقليل معارضة
الدليلين لانه في قصر الجواز على الاستسعاء اقل منه في نفي اصل جوازه وهذا الاعتبار واجب ما امكن
وتحقيقه ان النص ورد مخصصا للقياس اذ بين بشرعية التضمين مع اليسار ان تعين الاستسعا
انما هو في غير ما اذا كان المقصود التقرب الى الله تعالى بنفس التصرف في المحل اما اذا كان ولقدرة
على اتمامه وجب كما شرع في صوم المتطوع خصوصا وعدم اتمامها يوجب اثما باخر وهو العبد
خلاف ما اذا لم يكن قادرا فانه لا يلزمه ويكتب له ثواب ما فاته وعليه من التتمة واما على قولنا فالنص على وفق
القياس على ما ذكرنا من ان الاستسعاء عندها على خلاف القياس في صورة الاعسار بناء على انه ضمان
اتلاف وهو بعيد عن التوجيه اذ لا شك في ان عتق ما يملكه مشروع وعبادة والاتلاف وقع
بانفكاك الحال وهو لا يوجب ضمانا لانه ليس جناية على الغير وان فسد ماليته باقي العبد كمن هدم
جدار غيره فالحق ان القياس ليس الا الاستسعاء والنص خصصه وفي المسئلة قول
الثوري والليث ان الساكت بالخيار ان شاء اعتق وان شاء ضمن والاسعاية اصلا وسبب هذا
القول اعلالهم لفظ السعاية في حديث ابي هريرة قال النسائي اثبت اصحاب قتادة شعبة
وهشام الدستوائي وسعيد بن ابي عروبة وقد اتفق شعبة وهشام على خلاف سعيد
ابن ابي عروبة يعني في ذكر السعاية قال وبلغني ان هماما روى هذا الحديث فجعل الكلام الاخير
وان لم يكن له مال استسعي العبد غير مسئوق عليه من قول قتادة وقال عبد الرحمن بن مهدي
لحاديث همام عن قتادة اصح من حديث غيره لانه كتبها املاء وقال الدارقطني سمعت ابا بكر
النيسابوري يقول ما احسن ما رواه همام وضبطه فصل قول النبي صلى الله عليه وسلم من قول
قتادة ورواه ابن ابي عروبة وهرير بن حازم عن قتادة فجعل الاستسعاء من قول النبي
صلى الله عليه وسلم واحسبها وهما فيه لمخالفة شعبة وهشام قال الخطابي اضطرب سعيد بن ابي
عروبة في السعاية فلم يذكرها ومن لا يذكرها فدل على ان ذلك ليس من متن الحديث ويدل على صحة
ذلك حديث بن عمر في الستة عنه صلى الله عليه وسلم من اعتق شركا له في عبد وكان له مال يبلغ ثمن
العبد قوم عليه قيمة عدل فاعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد والا فقد عتق منه ما عتق
قال صاحب تنقيح التحقيق فما قالوه نظر فان سعيد بن ابي عروبة من الاثبات في قتادة وليس هو

بدون همام عنه وقد تابعه جماعة على ذكر الاستسعاء ورفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم وهو جرير بن
حازم وابان بن يزيد العطار وحجاج ابن ارطاة وعبيد ابن صبيح الخراساني وقال الشيخ تقي الدين
وقد اخرجه الشيخان في صحيحيهما وحسبك بذلك يعني برفعهم الاستسعاء في المسئلة مذاهب
اخرى ضعيفة مثل انه لا يعتق شيء اصلا ولو باذن الشريك وانه لا يعتق الباقي وليستعمل على ملوكيته
وان لم التضمين ان كان معسرا وهو منقول عن زفر وبشر المريسي واما انه يعتق الباقي من بيت
المال وهو قول ابن سيرين **قوله** ثم المعتبر بيسار التيسير وهو ان يملك من المال قدر قيمة نصيب
الساكت وهو ظاهر الرواية وهو قول الشافعي ومالك واحمد وفي رواية الحسن استثنى الكفاف وهو
المنزل والخادم وثياب البدن لا يسار المعنى الي المعنى المحرم للصدقة كما اختاره بعض المشايخ لان يسار
التيسير يتعلق النظر من الجانبين جانب المعتق وجانب الساكت لان مقصود المعتق القربة وتتميمها
هناك ومقصود الساكت بدل حصته وتحقيقه بالضمان لانه اسرع من الاستسعاء فكان اعتبار
نصاب التيسير اسرع في تحقق مقصودهما فوجب وهذا في الحقيقة تعليل للنص والاقتصار على النص
اوجب الضمان عند مجرد ملك قيمة الحصة لانه المراد بقوله صلى الله عليه وسلم وكان له مال يبلغ ثمن
العبد باتفاق المتكلمين عليه ثم التخريج على قولها اي تخريج تفصيل المسئلة على قولها فقدم رجوع المعتق
باصلي على العبد لعدم السعاية على العبد في حالة اليسار فلم يكن الضمان منتقلا اليه كما وجب على
العبد بل هو واجب عليه ابتداء فلا وجه لرجوعه على غيره واما جعلها الولاء كله للمعتق للحصة
فلان العتق كل من جهته لعدم التجزي فكان اعتاق بعضه اعتاق كله وليسعى في حالة
اعسار حرا مديونا واما التخريج على قول ابي حنيفة رحمه الله فاثباته خيار الاعتاق للساكت
لقيام ملكه في الباقي اذ الاعتاق متجزء عنه فلا يعتق الباقي بعتق المعتق نصيبه والتضمين
بالجبر اي وخيار التضمين للمعتق لان العتق جائز عليه باتلافه نصيبه حيث امتنع عليه البيع
والهبة ونحو ذلك من الوصية والصدقة والاجارة والارهان والاستخدام ونحو ذلك مما سوى الاعتاق
وتوابعه من التدبير والاستيلاد والكتابة وقوله والاستسعاء بالجر عطفا على التضمين واثبات
خيار الاستسعاء لما بينا من انه احتبس مالية نصيبه عنده واما يرجع المعتق باصلي على العبد
لانه قام مقام الساكت لانه ملكه باداء الضمان من وقت الاعتاق فصار كالساكت وللساكت
ولاية الاستسعاء فكذا لمن قام مقامه وصار كالغاصب اذا اعتق المغصوب في يده وضمن للمالك
فانه يرجع على القائل لانه ملكه بالضمان وللمالك التضمين فكذا الغاصب ولانه بذلك يصير كعبد خاص
به اعتق بعضه فله عتق الباقي واستسعاؤه وقوله ضمنا جواب عن سؤال هو ان عتق البعض
كالكتابة وهو لا يقبل النقل من ملك الى ملك فاجاب بان ذلك في الملك مقصدا حتى لو باع الساكت
نصيبه من المعتق لا يجوز عند ابي حنيفة لانه تمليك مقصدا ولا يلزم من عدم الثبوت مقصدا عدمه
ضمنا والولاء للمعتق في هذا الوجه لان العتق كله من جهته لانه ملكه بالضمان غايته ان بعضه
بدل وهو لا يمنع الولاء واما بطال اعسار المعتق انشاء اعتق لبقاء ملكه وان شاء استسعى
لما بينا من احتباس ملكه والولاء اي للساكت اي مشتركا بينه وبين المعتق في الوجهين
اي في الاعتاق والاستسعاء فلا يرجع المستسعى على المنعول اي العبد على المعتق بشيء باجماع
بيننا خلافا لابن ابي ليلى فانه يرجع عنده على المعتق اذا ايسر وانما لا يرجع بالاعتاق اما على
قوله فانه يسعى لفكاك رقبته واما على قولنا فلانه لم يلحقه سعي لفكاك رقبته فليس هو
بسعايته بقضي دينا على المعتق اذ لا شيء على المعتق اذا كان معسرا بخلاف العبد المرهون
اذا اعتقه الراهن المعسر لانه يسعى في رقبته قد فكت او يقضي دينا على الراهن فلذا يرجع
على المعتق اذا ايسر ونظير الاول ما اذا اعتق امته على ان يتزوجه فابت فسعى في قيمتها

وهي حرة في وقيمة قد ذكت ولذا لو اعتق عبد حر مثلا تسعى في قيمتها وهي حرة وكذا لو باع نفس العبد
منه بجارية فاستحقت عتق ويسعى في قيمته وهو حر عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد
وزفر يجب عليه قيمتها لجارية بخلاف المريض اذا اعتق عبدا فانه يسعى وهو رقيق لان تصرف
المريض فيما لا يحمل النقض موقوف عنده وهو قول الشافعي في الموسر كقولهما وقال في المعسر يسعى
نصيب الساكت على ملكه يباع ويوهب وهذا قول للشافعي وجهه عنده انه لا وجه لتضمين
الشريك لاعساره ولا استسعاء العبد لانه ليس بحان ولا راض به ولا عتاق الحل لانه اضرار
بالساكت فتعين ما عيناه قلنا نختار انه يستسعى قوله غير جان لما اخره قلنا لا يشترط في الجناية
بل مدار لزومه احتباس المالية عنده كما ذكرنا في صبغ الثوب المطارد قد يتمسك له بما روي
من الزيادة في قوله فقد عتق منه ما عتق ورق ما رق ويدفع بانها كما قال اهل الشان ضعيفة
مكذوبة ولو ثبتت لزم كون المراد بالرق فيها الملك مجازا لامتناع الجزء الشايع بالعتق الموجبة
للمالكية والضعف السالب لها في شخص واحد والحق انه لا يحتاج اليها بل يقوله عتق منه ما عتق
كفاية فانه اذا لم يعتق الا ذلك القدر ان لم يلزم بقاء الباقي رقيقا يلزم بقاؤه مملوكا والملك انتفاء خ
هو المطلق للتصرف والجواب ان ما في الحديث اي هريرة رضي الله عنه المتقدم من قوله فعليه خلاصه
في ماله ان كان له مال ولا استسعى غير مشقوق عليه يوجب استسعاؤه عند اعساره ولا اعتراض
على الشارع مع ان وجهه ما قدمنا واعلم انه نقل عن بعض العلماء النافين صحة رواية الاستسعاء ان
المراد بها على تقدير صحتها انه يستسعى ان اختار ذلك وان هذا هو معنى قوله غير مشقوق عليه
والاوجه الاستدلال بما قدمنا من قوله ليس لله شريك فانه يفيد تجيز العتق كله كما قالا او عدم
تقرره وهو الاولى واذا لم يتقرر لا ضمان على المعسر لزم الاستسعاء والا بطل حقه مجانا جبرا
بفعل غيره ولا نظير له في الشرع والاستسعاء لجناية ثابت كما في العبد المرهون اذا اعتقه
سيده المعسر وكان الشرع اضطر اليه فكما ان رقبته حيث حكم له ولاية الايجاد والاعدام بفساد
عتق ذلك القدر والامير النائب في الملك لا يذهب مال الساكت بفعل غير مختار فيه وللشافعي
قول اخر هو كقولهما في اليسار والاعسار واختاره المزني من اصحابه قوله ولو شهد كل واحد من
الشريكين على صاحبه بالعتق يسعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه موسرين كانا او معسرين عند
ابي حنيفة رحمه الله وعتق وكذا اذا كان احدهما موسرا والاخر معسرا لان كل واحد منهما يزعم ان
صاحبه اعتق نصيبه فصار العبد بذلك مكاتبا اي في حكم المكاتب ويزعم انه حرم عليه استرقاقه
فيصدق في حق نفسه فيمنع من استرقاقه ويستسعيه ان شاء او يعتقه لانا تيقنا بحق
الاستسعاء كاذبا كان في دعواه عتق الشريك او صادقا لانه مكاتب ان كان صادقا ومملوكه
ان كان كاذبا فلهذا يستسعيانه اما في الصدق فظاهر واما في الكذب فلتمكن الانسان
من امر عبده ان يسعى ويأتيه باكسابه ولا يختلف ذلك باليسار والاعسار لان حقه
اي حق كل منهما في الحالين حال يسار الاخر واعساره في احد شيئين السعاية او التضمين
الا ان في اليسار حقه في احدهما من التضمين والسعاية غير عين وفي الاعسار في احدهما
عينا وهو السعاية وهذا لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده اي عند ابي حنيفة
رحمه الله وقد تعذر التضمين لانكار الشريك الاعتاق وشهادة الاخر ليست حجة عليه
لانه فرد ويشهد لنفسه ولهذا لو كان الشركاء ثلاثة فشهد كل اثنين منهما على الاخر انه اعتق
لم يثبت للمعنى الثاني فانهما يثبتان لانفسهما حق التضمين لا ويشهد ان لعبدهما واما اثبتنا
ما اثبتناه في المسئلة المذكورة باعتراف كل منهما على نفسه بحرمة استرقاقه ضمانا لشهادته
فتعين السعاية وهو عبد عند ابي حنيفة حتى يؤدي كان المستسعى كالمكاتب واورد ان

التضمين

التضمين غير متعذر انه لما انكر حلف فان نكل جاز التضمين واجيب بانه لما كان اعتقاد كل ان صاحبه
هو الذي اعتقه حلف ولا يجب الضمان فلا فايدة في التحليف لان المال لا يجب السعاية وهذا صريح في ان
التحليف في المسئلة وحينئذ لا معنى لقوله في الكتاب كاذبا كان او صادقا بل يجب ان يحكم بصدق
كل منهما وقال شارح هذا كله اي تعين استسعاءها العبد لما اخره بعد ان حلف كل منهما على دعوى
صاحبه لانه لا يدعي على الاخر الضمان والضمان مما يصح بذله فيستحلف عليه وهو اوجه فيجب
في الجواب المذكور وهو لزوم استسعاء كل منهما للعبد انه بنى الامر بترافعهما الى قاض يخاطب
كل منهما الاخر بانك اعتقت نصيبك وهو يكذبه فان هذا ليس حكما الا استسعاء اما لو اراد احدهما
التضمين او اراده ونصيبهما متفاوت فترافعا او رفعهما دوحسبة فيما لو استرقاه بعد قولها
فان القاضي لو سألهما فاجابا بانكار لم يسترق لان كلا منهما يقول ان صاحبه حلف كاذبا
واعتقاده ان العبد بجرم استرقاقه ولكل استسعاءه ولو اعترفا انهما اعتقا معا
او على التعاقب وجب لا بعض كل الاخر ان كانا موسرين ولا يستسعى العبد لانه عتق كله
من جهتهما ولو اعترف احدهما وانكر الاخر فان المنكر يجب ان يحلف لان فيه فايدة فانه ان نكل
صار معترفا او باذلا صار معترفين فلا يجب على العبد سعاية كما قلنا قوله وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله ان كانا موسرين فلا سعاية عليه لواحد منهما لان كل واحد منهما يتبرأ على سعايته
وانما يدعي الضمان على صاحبه لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما لان الدعوى لم تثبت
عليه لانكاره والبراءة من السعاية قد ثبتت باقراره على نفسه بثبوت سببها حيث اقر بعتق
الشريك مع يساره وان كانا معسرين سعى لهما لان كل واحد منهما يدعي السعاية صادقا كان
او كاذبا بالفرض ان المعتق معسر وقوله على ما بيناه اي من العبد مملوكه او مكاتبه الا ان
عندهما لا يكون مكاتبا بل حر مديون وان كان احدهما موسرا والاخر معسرا سعى للموسر منهما
لانه لا يدعي الضمان على صاحبه لاعساره وانما يدعي السعاية عليه فلا يتبرأ عنه ولا يسعى
للمعسر لانه يدعي الضمان على صاحبه ليساره فيكون مبريا للعبد من السعاية والدا موقوف
في جميع ذلك لان كل واحد منهما يحيله اي يثبته لصاحبه حيث ادعى انه الذي اعتق والعتق
لا يتجزى اي لا يثبت به الا ما لا يتجزى من زوال الرق وهو اي صاحبه يتبرأ عنه فيبقى موقوفا
الى ان يتفق على اعتاق احدهما فلو لم يتفقا حتى مات وجب ان يأخذه بيت المال قوله
ولو قال احد الشريكين لعبد لم يدخل فلان يعني العبد الدار عد افهر حر وقال الاخر ان دخلها
عد افهر حر بقي العد ويؤدي ادخل ايهما لاعتق النصف وسعى لهما في النصف الاخر بينهما وهذا عند
ابي حنيفة وابي يوسف على تفصيل يقتضيه مذهب ابي يوسف وهو انه انما يسعى في النصف لهما
اذا كانا معسرين فلو كان احدهما موسرا سعى في الربع للموسر ولو كانا موسرين لا يسعى لاحد
واليه اشار المصنف بعد هذا بقوله ويتأتى التفريع فيه على ان اليسار يمنع السعاية او لا يمنع
على الاختلاف الذي سبق فانا جمع بينه وبين قول ابي حنيفة في انه لا يجب الا النصف وقال محمد
رحمه الله يسعى في جميع قيمته لهما ان كانا معسرين وبنصفه للموسر ان كان احدهما معسرا ويسعى
في شيء ان كانا موسرين وهذا على وزان المسئلة السابقة اعني اقرار كل منهما انه هو الذي
اعتق وهنا اذا كان احدهما معسرا والاخر موسرا لا يسعى الا للموسر فكذا هذا وهنا لان
الذي يلحقه السعاية ابدا يكون هو الساكت والاخر معتق ان كان احدهما موسرا فانه يتبرأ
عن تضمين المعسر فيلحقه السعاية وعلى انزال المعسر هو الساكت فزعمه الاسعاية له على
العبد وانما هنا في تضمن المعتق الموسر وتضمينه متعذر للشك في ان العتق من جهته
بما شرط او من جهته الاخر فتعذر عليه الوصول الى شيء مطلقا كما لو كانا موسرين

فان قلا يلزم ان حقه تضمين الاخر ليس غير وهو عاجز عنه قلا تضمين والسعاية كان المقتضى عليه بالسقوط السعاية مجهول وهو الذي تحقق شرطه الذي علق عليه عتق العبد ولا يمكن القضاء بالمجهول ولا التوزيع لانه يودي الى اسقاط بعض حق من له الحق وهو الذي لم يتبع شرطه ولم يعتق العبد من جهته واعطاه لغير مستحقه وهو الذي وقع شرطه وعتق من جهته بخلاف العتق المبهم لانه غير واقع في المعين فلم يأت فيه التوزيع فصار كما اذا قال لغيره لك علي احد نا الف فانه لا يقتضي بشيء للجهالة فكذا هنا يقتضي بسقوط شيء لذلك واذا لم يحكم بسقوط شيء وجب الكل **قوله** ولهما انا تيقنا بسقوط نصف السعاية لان احدهما حانث يتيقن بالسقوط فيتيقن به والجهالة المانعة من القضاء بالسقوط ترتفع بالشيوع اي شيوع النصف الذي عتق في نصيب الشريكين وتوزيعه عليهما فصار المقتضى عليه بالسقوط المولیين فلا جهالة في المقتضى عليه وانما يلزم لو قضي على احدهما غير عين وهو منتف للضرورة الموجبة للتوزيع وهو عدم اولوية احدهما بتمامه وكون التعيين في نفس الامر يمنع التوزيع منتف بما في كتاب التحري عشرة رجال لكل منهم جارية اعتق احدهم جاريته ثم صار لا يدري المعتق ثم اعتقه ثم اجتمعن في ملك واحد ثم مات فانه يحكم بعتق وتسعي كل واحدة في تسعة اعشار قيمتها وصارکا اذا اعتق احد عبديه بعينه او بعينه ونسيه ومات قبل التذكر في البيان او الثاني في الاول فان العتق يوزع عندنا لعدم الاولوية فيعتق من كل نصفه ويسعى في قيمة نصفه للورثة وقيد موته معتبر لانه اذا لم يمت انما يطالب بالبيان خلافا للشافعي في انه يقرع بينهما في قول وفي قول الوارث يقام مقامه فانه اثبات الوراثة فيما لم يجعل الشرع فيه وراثة في الثاني لاسقاط جميع حق المستحق في الاول واسقاط بعضه للضرورة اولى وقيل ان الجهالة في المقتضى لا يمنع القضاء اذا كان المقتضى له معلوما بدليل ان من طلق احدى نسائه الاربع قبل الدخول ومات ولا بيان سقط نصف المهر للمتيقن به وان كان المقتضى عليه منهن مجهولا لكن لما كان المقتضى لهن معلوما جاز القضاء كذا هنا المقتضى له معلوم وهو العبد هذا ولا يخفى ان من صور المسئلة ان يتفقا على ثبوت الملك لكل في اخر الامر **قوله** ولو حلفا على عبدين في اخره يريد ان يفرق بين السابقة وهذه وهي ما اذا حلف كل من رجلين على عبد واحد وهذه وهي ما اذا حلف كل على عبد له غير الاخر فقال احدهما ان دخل فلان غدا فعبدي حر وقال الاخر ان لم يدخل فلان فعبدي حر فمضى الغد ولم يدر الدخول وعدمه لم يعتق واحد منهما وانتفى منه في قول الكل لان المقتضى عليه بعتق عبد وهو احد المولیين مجهول والمقتضى له وهو المعتق مجهول فتحققت الجهالة فامتنع القضاء ولو اشتراهما انسان صح وان كان عالما بحنث احد المالكين لان كلا منهما يزعم انه يبيع عبده وزعم المشتري في العبد قبل ملكه له غير معتبر كما لو اقر بحرية عبد ومولاه ينكر ثم اشتراه صح واذا صح شراؤه لهما واجتمعا في ملكه عتق عليه احدهما لان زعمه معتبر الان ويؤمر بالبيان لان المقتضى عليه معلوم ولو قال عبده حر ان لم يكن فلان دخل هذه الدار اليوم ثم قال امرأته طالق ان كان دخل اليوم عتق وطلقت لان باليمين الاول هو معتبر بوجوده شرطه الثانية وبالثانية صار معتبرا بوجود شرطه الاولى وقيل لم يعتق ولم تطلق لان احدهما معلق بعدم الدخول والاخر بوجوده وكل منهما محتمل تحققه وعدم تحققه قلنا ذا كان في مثل قوله ان لم تدخل فعبدي حر بخلاف ان لم يكن دخل فانه يستعمله المارى في الدخول وعدمه في الماضي لتحقيق الدخول فيه وحقيقة شرطه ظهور انه لم يدخل في الماضي وكذا ان كان دخل بخلاف ان دخل وعن ابي يوسف يعتق وانطلق لانه باليمين الثانية صار معتبرا بنزول العتق ولم يوجد بعد الثانية ما يوجب اعتباره بنزول الطلاق **قوله** واذا اشترى الرجلان ابن احدهما بعقد واحد بان خاطب البائع الاب

والاخر معا بان قال بعتكما هذا العبد بكذا فقبلا عتق نصيب الاب لانه ملك شقصا من ابنه فيعتق عليه ثم يضمن لشريكه شيئا ولو كان موسرا علم الشريك انه ابن الاخر او لم يعلم لكن يسعى العبد في نصف قيمته لشريكه ايه ان شاء وان شاء اعتقه وهذا عند ابي حنيفة واجمعوا انهما لو ورثاه لا يضمن الاب وكذا في كل قريب يعتق وهو قول الشافعي ومالك واحمد لعدم الصنع منه ولفظ الحديث امني قوله صلى الله عليه وسلم من اعتق شركا له في اخره يعتبر كون العتق اختياريا وقالا في الشراء يضمن الاب نصف قيمته ان كان موسرا وان كان معسرا سعى الابن فيه وعلى هذا الخلاف اذا ملكاه بهبة معا او صدقة او وصية وعلى هذا الخلاف ايضا اذا اشتراه رجلان احدهما حلف بعتق نصفه ان اشترى اما لو حلف بعتقه ان اشتراه لا يعتق لانه لم يوجد الشرط وهو شراؤه لهما انه اي الاب ابطل نصيب صاحبه لا عتاق الاختياري لتزيته في الشراء وهو اختياري وشراء القريب اعتاق وصار كما اذا كان العبد بين اجنبيين فاعتق احدهما نصيبه لاتحاد الجامع وهو وقوع العتق من جهته مختارا فيه وله ان شرط التضمين مع العتق الاختياري لا يكون برضى من له حق التضمين ولما باشر العقد معه مختارا وهو علة الملك الذي هو علة العتق والحكم يضاف الى علة العلة كما يضاف الى العلة كان راضيا بانشاء نصيب نفسه فلا يضمنه فصار كما اذا اذن له باعتاق صدقا وعلم مما ذكر ان المراد من العلة في قوله شاركه فيما هو علة العتق علة العلة والدليل على ان اعتاقه بنيت اختياريا بالشراء انه يخرج به عن عهدة الكفارة اذا نوى بالشراء عتقه عنها وهذا بخلاف ما لو قال احد الشريكين للاخر ان ضربته فهو حر فضربه فعتق نصيبه فان له ان يضمنه ولم يعتبر رضاه بمباشرته شرط العتق رضى بالعتق لان وجود الشرط ليس علة الوقوع بل العلة هي قول الشريك هو حر والواقع جزاء للشرط بخلاف قبول الاجاب في البيع لانه مباشرة العلة لان العلة هو العقد وكل من باشر مباشر علة العتق ولو قيل سلمنا انه ليس بعلة اليس انه يفيد رضاه بوقوع الجزاء والدار هو وجود ما لم يرض قلنا لا شك ان له تاديب عبده اذا اقتضى حاله ومنعه منه ضرر لا يلزمه بالزامه اياه فحلفه عليه ان لا يضربه فلم يضربه لم يحنث ولا يقال ان لم يلتزمه يبطل حقه في التضمين لكنه تقتضي انه لو قال ان ضربت هذا العبد اليوم ظلما فهو حر فضربه حتى عتق ليس له تضمينه واطلاق الجواب خلافه واما ما اورد من منع ان مباشرته للعقد رضى لانه ضرر والعاقل لا يرضى به ولان وضعه لاثبات ملكه لا لزواله فمدفوع بالضرورة فان من علم ان عند فعل كذا يثبت كذا ثم فعله مختارا جزم العقل بانه رضي منه بما يترتب عليه وتحقيق الملك قد يكون الغرض منه اثبات ما يترتب عليه والعاقل في ذلك اغراض صحيحة دنيا وية من استفادة المدح والاجر وقد يكون قيمته اكثر من الثمن واخروية من الاجر لا يقال رضى الاب بالشراء رضى بالاعتاق والرضى بالاعتاق رضى بالضمان وابو حنيفة يثبته اذا كان المعتق موسرا واختار الساكت التضمين فكيف ينفيه لانا نقول كونه رضا بالضمان لا يوجب اسقاط تضمين الاخر الا اذا لم يكن رضى باعتاقه كما ذكرنا واما ايراده على قولها هكذا الاعتاق التنجيزي على قولها فاعتاق البعض اعتاق الكل ولا يمكن اعتاق الكل لا بتملك نصيب الاخر ولا يملك الا بالضمان والجواب بانه تملك ضمني فلا توجه له هنا قوله وهذا ضمان اقتداء جواب عما يقال كونه رضا باعتاق شريكه لا يوجب اسقاط الضمان كما لو استولد الامة باذن الشريك يصح ويجب الضمان فقال في ذلك في ضمان التملك وما نحن فيه ضمان افساد وبسطه ان الضمان في العتق ضمانان تملك وانسقط الرضى بسببه وذلك ضمان الاستيلاء فلو استولد احد الشريكين الجارية باذن شريكه

ليستظهر له ومن حكم ضمان التملك ايضا انه يثبت مع اليسار والاعسار وانما جعلناه ضمان استيلاء
ضمان تملك لان وضع الاستيلاء لطلب الولد وهو يستدعي التملك فاثبتناه وضمان اتلاف وهو
ضمان الاعتاق ويقال ضمان جناية وليس بصواب لانه لا جناية في عتق الانسان ماعلكه لله سبحانه
وتعالى حتى يثاب عليه ثم يفسد به نصيب الشريك فهو ان يقال ضمان اتلاف وضمان افساد والاثم
حين عليه اثم في هذا الافساد ثم لو قصد بعتقه فقدا فاسدا اثم به اما وضع العتق فليس مقتضيا
لزومه ثم كون ضمان الاعتاق ضمان اتلاف هو ظاهر الرواية عن علمائنا ويختلف باليسار والاعسار
بالنص بخلاف القياس ولا تختلف الجواب بين علم الشريك بالاجنبية وعدمها وروى عن ابي يوسف
انه ضمان تملك فلا تختلف باليسار والاعسار وروي الحسن عن ابي حنيفة انه فصل بين كون الشريك
عالما بالاجنبية ولا بين الاب او غيره عالم فيضمنه لان رضاه لا يتحقق اذ الممكن عالما وفي ظاهر
الرواية لا فرق بينهما لان المسقط لحقه في التضمين مباشرته ليست اسقاطه فلا تختلف
بعلمه وجهله كما اذا طحن الغاصب المغصوب للمغصوب منه وهو لا يعلم انه ماله يسقط تضمينه
الغاصب والنظير المذكور في الكتاب ما اذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للامر ولا
يعلم الامر به حالف فانه ليس له ان يضمن الاكل اذا علم ستقيم ايضا وانما قلنا على خلاف القياس
لان القياس لا تختلف ضمان الاتلاف باليسار والاعسار الا يرى ان من اتلف مال غيره لا يتغير
ضمانه بكونه موسرا فان قلت قد اسلفت ان القياس ليس الا الاستسعاء لان العبد هو
المحبس حق الساكت والمذكور هنا ان القياس هو التضمين للاتلاف قلنا قد حكى خلاف في
القياس ما هو على الوجهين المذكورين ولا شك ان كون القياس
الاستسعاء هو اقرب القياس لما ذكرنا من الاحتباس عند العبد وعدم جناية المعتق ولذا يثبت
عليه وكل منهما غير صحيح في نفس الامر لعدم ورود النص على خلاف الاطلاق مقتضاها من الاستسعا
دايما والتضمين دايما وكل قياس خالفه النص فهو باطل سواء ظهر للمجتهد القياس الصحيح الموافق
للنص او خفي عليه والقياس الصحيح هنا هو على من شرع في صوم التطوع او صلاته قادرا على
اتمامه حيث يجب عليه اتمامه فانه لم يتقدم يجب ووجب لا جر قدر عمله وتقدم تقريره
فارجع اليه **قوله** وان بدا الاجنبي فاشترى نصفه ثم اشترى الاب النصف الاخر وهو
موسر فللاجنبي بالخيار ان شاء ضمن الاب قيمة نصيبه لانه مارض فساد نصيبه لان دلالة
ذلك ما كان الا قبوله البيع معه وهو مختف فلذا وقع اتفاقهم هنا انه يضمنه وان شاء
استسعى الابن في نصف قيمته لاحتباس ماليته عنده وهذا عند ابي حنيفة وعلى بنا على
ما تقدم من ان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقالا لا خيار له اي للاجنبي بل يتعين
التضمين على ما مر من ان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما **قوله** ومن اشترى نصف
انه وهو موسر فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة للبايع وقالا ان كان موسرا ضمن ومعنا
اذا اشترى نصفه ممن يملك كله والوجه قد ذكرناه وهو انه لما باعه منه فقد رضي بعتق
نصيبه والرضى بعتق نصيبه يمنع التضمين وهذا هو المراد بقوله لم قد ذكرناه والا فهو لم يذكر
ان البيع ممن يعتق عليه رضى بعتق نصيبه بل ذكر المقدمة الثانية وهو ان الرضى يمنع
قوله واذا كان العبد بين ثلاثة نفر فدبره احدهم وهو موسر ثم اعتقه الاخر وهو موسر
فاراد كل من الساكت وهو الذي لم يعتق ولا يدبر والمدبر الضمان وانما المراد بقوله فاراد ا
الضمان فللساكت ان يضمن المدبر ثلث قيمة العبد قنا وليس له ان يضمن المعتق شيا
واذا ضمن المدبر الثلث رجع به على العبد ان شاء على وزان ما تقدم فيما اذا اعتق احد
الشريكين وهو موسر حصته فضمنه الساكت حيث كان له الرجوع به على العبد عند ابي

حنيفة

حنيفة والمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذي ضمن اعني ثلثه فتاوهذا
كله عند ابي حنيفة وقالا العبد كله للذي دبر او لا ويضمن ثلثي قيمته لشريكيه موسرا كان
او معسرا واصل هذا الخلاف ان التدبير يجري عند ابي حنيفة خلافا لهما كالاعتاق لانه
شعبة من شعب العتق اذ هو عتق يضاف فيكون معتبرا فيه ولهما ان التدبير مجزيا عنده
اقتصر على نصيبه وقد افسد بالتدبير نصيب الاخرين حيث امتنع على كل منهما البيع ومعناه
من الهبة والوصية والصدقة والامهار لكل منهما خمس خيارات ان يدبر نصيبه او يعتق او يكا
او يضمن المدبر او يستسعي العبد او يتركه على حاله لان نصيبه باق على ملكه فاسدا بافساد شريكيه
حيث سد عليه ما ذكرنا فاذا اختار احدها العتق تعين حقه فيه وسقط اختياره عن فتوجه
للساكت وهو الثاني الذي لم يعتق ولم يدبر سببا ضمان احدهما تدبير المدبر الذي افسد
عليه ما افسد والاخر عتق هذا المعتق فانه تعذر نصيب المدبر والساكت حيث كان لهما ولاية
الاستخدام بعد التدبير وبطل ذلك بعتق حيث استحق به العبد حزوجه الى الحرية بالسعاية
او التضمين غيران الثالث له تضمين المدبر ليس غير ليكون الضمان ضمان معاوضة اذ هو
الاصل في الضمان لان به يعتدل جانب الضمان والمضمون له فانه لما ملك المضمون له بدل
ملكه وجب في تحقيق المعادلة ان يملك معطيه وهو الضامن ما دفع بدله فحيث امكن هذا
لا يعدل عنه ولهذا كان ضمان الغصب ضمان معاوضة على اصلنا خلافا للشافعي رحمه الله تعالى
حيث جعل ضمان اتلاف فاذا جعل الضمان فيما هو عدوان ضمان معاوضة ففي العتق وشعبه
من التدبير ونحوه اولى وهذا تحقيق ما ذكرت لك في قولهم ضمان جناية والدليل على اعتبارهم
اياه ضمان جناية ما في قاضيخان لو غصب عبدا فابق وقضى على الغاصب بقيمته ثم عاد
فللغاصب ان يبيع العبد مرابحة على القيمة التي اداها والمرابحة مخصوصة بالمعاوضات
المحضة وكذا لو غصب مدبرا فاكتسب عنده اكسابا ثم ابق فلم يرجع حتى مات كانت
الاكساب للغاصب لصيرورته ملكا له عند اداء الضمان وما يدل على ذلك صحة اقرار المأذون
بالغصب في الحال مع ان اقراره بالاتلافات موخر لما بعد العتق واذا وجب ان لا يعدل
عن ضمان المعاوضة ما امكن وجب هنا لانه ممكن لكونه اي نصيب الساكت قابلا للنقل
من ملك الى ملك في المضمون ثم بعد ذلك لا يحتمل النقل فامتنع جعل العتق الكائن بعد سببا
لضمان المعاوضة لانه اي العبد عند ذلك مدبر وفي بعض النسخ حر لو مكاتب على اختلاف
الاصلين ولا بد من رضا المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال قال الشيخ جلال الدين ولد
المصنف هو غير مستقيم لانه عند الاعتاق ليس حرا ولا مكاتبا بل بعد العتق يصير كذلك
وكذا المستسعى عند ابي حنيفة وان كان بمنزلة المكاتب لكن لا تفسخ هذه الكتابة بالعجز
ولا بالتفاسخ واذا كان كذلك فاذا وجب الضمان على المعتق للساكت لزم ان لا يكون ضمان
معاوضة اذ لا يمكن ملك هذا المضمون فكان ضمان افساد فلهذا يضمن الساكت المدبر
ليس غير ثم للمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا لانه انما افسد عليه نصيبه مدبرا
فان المدبر كان ممتنعا قبل عتقه من استخدامه واجارته واعارته الى موته فامتنع
بعتقه كل ذلك وهذا معنى الافساد عليه وانما افسده مدبرا والمدبر مال متقوم حتى
لو كان مدبر الشريكين فاعتقه احدهما وهو موسر ضمن نصيب الاخر مدبرا وان لم يتملكه
بالضمان **قوله** وقيمة المدبر ثلثا قيمته قلنا فلو كانت قيمته قنا سبعة وعشرين
دينارا ضمن له ستة دنانير لان ثلثيها وهي قيمة المدبر ثمانية عشر وثلثها وهو المضمون
ستة **قوله** على ما قالوا وطريقته في مثله الاعسار بالخلاف فقيل قيمته قنا وهو غير

سديد ان القيم تفاوت بتفاوت المنافع الممكنة وقيل نصف قيمته فانه ينتفع بالمملوك
بعينه وبدله وفات الثاني دون الاول وقيل يقوم خدمته مدة عمر حرزانيه بما بلغت فهي قيمته
وقيل ثلثا قيمته فان الانتفاع بالوطئ والسعاية والبدل وانما زال الاخير فقط واليه مال
الصدر الشهيد وعليه الفتوى الا ان الوجه يخص المدبر دون المدبر وقيل يسال اهل الخبرة ان العلة
لوجوز وا بيع هذا فاي المنفعة المذكورة كم يبلغ فاذكر فهو قيمته وهذا حسن عندي واما قيمة
ام الولد فثلث قيمة القن ان البيع والاستسعاء قد انتفيا وبقي ملك الاستمتاع وقيل قيمته
خدمتها مدة عمر هلي الخبر كما تقدم والوجه ان يقال مدة عمر احدهما مزاوما من سواها وقيل يسال اهل
الخبرة ان العلة لوجوز وا بيعها على ما ذكرنا وقيمة المكاتب نصف قيمة القن لانه حر بدا وبقيت
الرقبة **قوله** ويضمنه اي ايضمن المدبر المعتق قيمة ما ملكه بالضمان من جهة الساكت وهو
ثلثه فانه يكون قد ضمنه ثلثي قيمته ثلثا فثلثا فثلثها مدبرا ان ملكه فيه اي في ثلثه فانه يثبت
مستندا الى وقت التدبير وهو ثابت من وجه وهذا بالنظر الى حال اداء الضمان دون وجه وهو
بالنظر الى الحقيقة حال التدبير فلا يظهر في حق التضمين بل الملك الممكن من الضمان هو الثابت حال
العتق واستشكل بما اذا اعتق احد الشريكين وهو موسر فضمنه الساكت فانه يرجع به على العبد مع
ثبوت الملك له مستندا الجيب بانها انتقل نصيب الساكت اليه قام مقام الساكت وكان للساكت
الاستسعاء فكذا للمعتق اما هنا فليس للساكت تضمين المعتق فكذا ليس للقايم مقامه وهو المدبر
ولذا كان للمدبر استسعاء العبد كما كان للساكت القايم هو مقامه ولا يخفى ان هذا لا يدفع الوارد
على قوله ان الملك المستند لا ينتقض سببا للتضمين اذ قد ثبت التضمين به للعبد غير ان المدبر
وجد فيه مانع منه وهو قيامه مقام الساكت الذي لا ضمان له على المعتق فكان الاوجه ان يقال
من الابتداء لا يضمنه ما ضمن للساكت لانه ما لضمان له قايم مقامه ليس له ان يضمن المعتق ذلك الثلث
فكذا ليس للقايم مقامه بخلاف ثلث نفسه اعني ثلث المدبر فانه لم يتم فيه مقام احد ويمكن
ان يدفع ورود اصل السوال بان الكلام في ان الملك المستند لا ينتقض سببا لضمان مستند
كالمعتق المفسد باعتاقه ملك المدبر في نصيب الساكت والرجوع على العبد ليس تضمينا
لمفسد الملك المستند لان العبد ليس مفسدا شيا قبل تضمينه لقيامه بالضمان للساكت مقام
الساكت وللساكت ان يضمنه فكذا من صار الملك له وقام مقامه واعلم انه لو لم يعتق المعتق
الا بعد اداء المدبر الضمان للساكت كان للمدبر تضمينه ما ضمنه من ثلث قيمته عبدا حين ثلثه مدبرا
لان الاعتاق وجد بعد تملك المدبر نصيب الساكت فلم تضمين كل ثلث بصفته لذا علل واوالوجه
على هذا ان يقال في اصل التعليل ليس له ان يضمن المعتق ما ضمنه لانه لم يكن له فيه ملك حال العتق
للعتق وان لم يدفع الوارد ايضا لانه ظهر ملكه حال العتق بادا الضمان مستندا ويحتاج الى تتميمه
بقولنا فيكون ثابتا حال الاعتاق من وجه دون وجه ويعود السوال بعتق احد الشريكين ويدفع
بما ذكرنا من عدم ورود هذا واورد الطلبة على هذا انه ينبغي ان يضمنه قيمة ثلثيه مدبرا
لانه حين ملك ثلث الساكت بالضمان صار مدبرا لانفا ولزانقلنا في وجه كون ثلثي الولد لانه
صار كانه دبر ثلثيه ابتداء واجيب لا يتم لا بمنع كون الثلث الذي ملكه بالضمان للساكت صار
مدبرا بل هو متى على ملكه اذ لا موجب لصيرورته مدبرا الان ظهور الملك الان لا يوجبه والتدبير
يتجزى وذكروهم لياه في وجه كون ثلثي الولد لغير محتاج اليه اذ يكفي فيه انه على ملكه حين اعتق
الاخر وادى الضمان وانما لم يكن ولاؤه له لما ذكرنا من انه ضمان جناية لا تملك **قوله** والولاء
بين المعتق والمدبر اثلاثا ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق لان العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار
فان احد ثلثيه كان نصيبه بالاصالة والاخر تملكه بادا الضمان للساكت فصار كانه دبر ثلثيه

من الابتداء بخلاف العتق فانه وان كان له ثلث اعتقه وثلث اداء ضمانه للمدبر ليس له الا الثلث
والولاء ان ضمانه ليس ضمان تملك ومعاوضة بل ضمان اتلاف لما ذكرنا من ان المدبر غير قابل للنقل وحين
اعتقه كان مدبرا وللكان الساكت اختار سعاية العبد فالولاء بينهم جميعا اثلاثا لكل ثلثه
وفي النهاية وغيرها في قوله والولاء بين المعتق والمدبر اي بين عصبة المدبر والمعتق لانه انما
يعتق بعد الموت ونسبه لقاضي خان وهو غلط لان العتق المنجز ايوجب احرازه الى الحرية
بتنجيز احد الامور من التضمين مع اليسار والسعاية والعتق حتى منع استخدام المدبر اياه من
حين وجوده كما لو اعتق احد الشريكين ابتداء او دبر الاخر الساكت فانه لا يتاخر حرية باقيه
الى موته كما قدمنا اول الباب بخلاف ما لو لم يكن عتق منجز بل تدبير من احدهما ثم كتابة الاخر وقبله
او كان كاتبا الشريكين فدبر احدهما نصيبه وبقي نصيب الاخر مكاتبا من غير ضمان ولا
سعاية عند ابي حنيفة لان نصيب الاخر على حاله عنده واما على الزيادات مكاتب بين اثنين
اعتقه احدهما عتق نصيبه ونصيب شريكه على حاله كما كان ولا ضمان عليه ولا سعاية للاعبد عجز عند
ابي حنيفة لان الكتابة تتجزء عنده وعندهما عتق كله والولاء له لان حاصل عقد الكتابة استعارا
خاص فيتقيد الى ان يعجز عنه فيتخير صنعا بين تضمين المعتق اذا كان موسرا واستسعا العبد مختارا
او جبرا باجارته فهو يحقق ما قلنا من انه لا يبقى فيه الرق الا الى ان يودي السعاية والله اعلم
قوله واذا لم يكن التدبير يتجزى عندهما الى اخره يعني ان ما ذكرناه الى هنا قول ابي حنيفة فاما
على قولهما فلما لم يتجزى التدبير عندهما يصير كله مدبرا للشريك المدبر وقد افسد نصيب
شريكه لما مر فيضمن ثلثي قيمته لشريكه ولا يختلف باليسار والاعسار لانه ضمان تملك لانه
امكن على ما ذكرنا فاشبه الاستيلاد اي ما اذا استولد احد الشريكين الجارية المشتركة حيث
يضمن نصيب شريكه موسرا كان او معسرا بخلاف ضمان الاعتاق لانه ضمان اتلاف لا ضمان تملك
وقد اختلف باليسار والاعسار بالنص على خلاف القياس وضمان التملك ليس في معناه من كل
وجه ليكون نص الاختلاف بالاعسار واليسار وارد فيه والولاء كله على قولهما للمدبر
وهو ظاهر لان العتق كله من جهته واعلم انه يجب على قولهما ان ضمان الافساد في الاعتاق
لا يتأدى بضمان التملك لانها حيث قالا ان العتق يتبعض من جهة المعتق في كل العبد حتى كان
الولاء كله له يلزمه القول بانتقال ملك نصيب الساكت اليه والا فكيف يتنزل عتقه في
جزء لا يملكه وحينئذ يجب ان يقال ضمان الاعتاق وان كان ضمان تملك فقد اختلف
باليسار والاعسار بالنص على خلاف القياس فبقي ضمان التدبير على اصل القياس **قوله** و
اذا كانت جارية بين رجلين فزعم احدهما انها ام ولد لصاحبه وانكر الاخر فعند ابي حنيفة
وابي يوسف هي موقوفة يوما ما اي لا يخدم احدا ويوما يخدم المنكر ولو مات المنكر قبل تصديقه
عتقت بثلثي قيمتها ولا سعاية عليها له وتسعى لورثة المنكر في نصف قيمتها في قول ابي
حنيفة كذا ذكر الفقيه ابو الليث ووجه هذا التفريع انه عند موت الشريك كانه قال
عتقت الجارية من جهة شريكي وبوقال احد الشريكين في حياة صاحبه اعتق شريكي
نصيبه فانه ان لم يتمكن من تضمينه اذا كان موسرا وهو منكر لكنه يفسد الرق فيه لانه لما
كان متمكنا من افساده باعتاقه اعتبر اقراره بفساده ثم يسعى العبد في تمام قيمته بينهما اي
قول ابي حنيفة موسرين كانا او معسرين او احدهما موسرا والاخر معسرا وعندهما كذلك ان كان
المعتق عليه معسرا فان كان موسرا سعى له ولم يبع للمقر لانه معترف بان لا حق له في السعاية
بل في تضمين الشريك وهو عاجز عنه لانكاره ولا بينة وقال محمد رحمه الله ان شا المنكر استسعى
الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة لا سبيل عليها وضمنه في الكتاب قول ابي يوسف مع محمد بقوله

وقالا باعتبار قول مرجوع ابي يوسف والمنبغي مثله ان ينعل الا ان يقرن بالبيان فيقال في قوله
الاول مثلا والا ادعم ان ينسب اليه الا ان ما ليس هو قائلا به واختلف المشايخ في ان خدمة المكر
هل هي واجبة عليها على قول محمد وابي يوسف الاول والصواب ان لا خدمة له عليها بل بمجرد اقراره
للغرماء حق المكر في سعايتها وتخرج بها الى الحرية وفي المختلف في باب محمد ان نفقتها في كسبها
فان لم يكن لها كسب فنفقتها على المكر ولم يذكر خلافا في النفقة وقال غير نصف كسبها للمكر
ونصفه موقوف ونفقتها من كسبها فان لم يكن لها كسب فنصف نفقتها على المكر لان نصف الجارية
للمكر وهذا اللايق بقول ابي حنيفه وينبغي على قول محمد ان لا نفقة لها عليه اصلا لانه لا خدمة
له عليها ولا احتباس واما جنايتها فتتبعي فيها على قول محمد كالمكاتب وتاخذ الجناية اي تاخذ
جنايتها ممن جنا عليها لتستغني بها وعلى قول ابي حنيفه جنايتها موقوفه الى تصديق احدهما صاحبه
قوله لما انه لما لم يصدقه صاحبه انقلب اقراره عليه فصار كانه هو استولدها كالو اقر
المشتري على البايع انه اعتق المبيع قبل البيع بحيل كانه هو الذي اعتق حتى لو اشتراه عتق عليه
واذا صار له حكم المستولد امتنع له استخدام على المكر كالو استولدها المقر حقيقه فانه لا يكون
للاخر الاستخدام والمقر ايضا امتنع عليه الاستخدام لانه يدعي الملك على المكر واذا امتنع الاستخدام
على المكر والحال ان نصيبه على ملكه في الحكم ثبت له حق استسعايها لا احتباس ماليتها ومنافعها
عندنا وعلى وجه لي تضمين شريكه فاذا استسعاها فلا سبيل لاحد عليها فان المكر اخذ
حصته والمقر يسترد ما منه ويدعي ان حقه في تضمين المكر لدعواه الاستيلاد فصارت
كام ولد النصراني اذا اسلمت لها امتنع بيعها مقاصدا الملك عليه ولم يكن اخراجها عن ملكه
مجانا للاضرار به وجب ان تعتق بالسعايه **قوله** ولابي حنيفه وعلمت ان ابا يوسف معه
ان استحقاق المكر نصف خدمتها ثابت بيقين لان المقر اما صادق فيكون جميع خدمتها
له لانها ام ولده وهو مستحق خدمتها او كاذب فله نصفها والاخر للمقر فاستحقاقه نصفها
متيقن واما الشريك المقر فلا استخدام له عليها ولا استسعاها انه يبرد ما عن جميع ذلك بدعوى
الاستيلاد والضمان على شريكه وهو لين ونشر مرتب وقولها انقلب اقراره عليه قلنا ممنوع
كان الاقرار بامومية الولد اقرار بالنسب وهو اخبار ولا يرتد بالرد فلا يمكن ان يجعل المقر
كالمستولد اقرارا بالنسب بنفسه حكما ثم يرجب ذلك ان يواخذ باقراره فيمتنع استخدامه و
استسعاه وقد قلنا بذلك ولا يسري قوله في حق شريكه فيبقى حقه على ما كان وعتق العبد عليه
لو اشتراه من هذا اقراره على نفسه لا من الانقلاب وحاصله منع الانقلاب والجواب عما استدل
به عليه **قوله** وان كانت ام ولد بينهما بان ادعى كل منهما انها ام ولده فانها احدهما وهو موسر
ولا ضمان عليه للاخر عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن نصف قيمتها ان كان موسرا وقت الاعتاق
فيه واصل الخلاف في تقوم ام الولد تعتبر غير متقومه وعندهما متقومه وهو قول سائر
الفقهاء غير ابي حنيفه وعلى هذا الاصل ينبغي عدة من المسايل ذكرها المصنف في كفاية المنتهي
احداها هذه والثانية ام الولد اذا ولدت ولدا وهي بين اثنين فادعاه احدهما ثبت نسبه
منه وعتق ويضمن من قيمته سهما لشريكه عندهما ويضمن نصف قيمة الولد لشريكه
ان كان موسرا وان كان معسرا استسعى الولد في النصف يعني اذا بلغ حد السعاية فيه ومنها
ام الولد المشتركة بين اثنين اذا مات احدهما لا تسعى للاخر عنده في نصف قيمتها وتسعى عندهما
ومنها لو غصب ام الولد غاصب فماتت في يده لا ضمان عنده ويضمن عندهما وذكر في الرقيات بقولهما
عنده بالغصب كما يضمن الصبي الحر لو وضع في مسبعة فافترسه سباع يضمن عنده لانه ضمان
جناية لا ضمان غصب كالو قتلها حيث يضمن بالاتفاق ومنها لو باعها وسلمها فماتت في يد المشتري

لا يضمن عنده ويضمن عندهما ومنها امة حبلى بيعت فولدت لاقل من ستة اشهر من وقت
البيع ثم ماتت الام عند المشتري فادعى البايع الولد صح وعليه ان يرد جميع الثمن عنده وعندهما
يحبس ما يخصها من الثمن **قوله** وهذا قولها وهو قول الجمهور انها متمتع بها وطيا واجارة واستخداما
ولذا يملك كسبها ولو قال كل مملوك لي حر عتقت وهذا هو دلالة التقوم والغاية ليس الا مكنة
البيع وهو لا ينفي التقوم كما في المدبر والابق وامتناع سعايتها لغرماء المولى او ورثته اذا لم
يبق له مال سواها شامل لما هو مصروفة الى حاجته كيلا يضيع نسبه وماء وهذا مانع يخصها
لا يوجد في المدبر فلذا افترقا في السعاية وعدمها وهذا اي الانتفاع المطلق شرعا على هذه
الوجوه دلالة التقوم لان هذه الافعال لا تكون الا بملك اليمين فما لعدم عقد النكاح والاجارة
والزيادة بعد هذا الا بثبوت حق الحرية وكما في بين حق الحرية والتقوم الايري ان ام
ولد النصراني اذا اسلمت سعت له وهذا اية التقوم في ام الولد مطلقا لانه لا قايل بالفصل
بين ام ولد المسلم وام ولد النصراني فاذا ثبتت التقوم في احداهما ثبت في الاخرى ولذا ولد
المغرور اذا كانت امه ام ولد فان المغرور اذا كانت امه ام ولد فان المغرور يضمن قيمة ولده
ما عندنا وحاصله دليلان الاول قياس على المدبر والثاني اجماع مركب وايضا ثبتت ماليتها فلا
تخرج عنها الا بمقتض وحق الحرية الطاري بالاستيلاد ليس مقتضيا لذلك لثبوته مع انتفاء ذلك
في المدبر فان فيه حق الحرية مع انعدام المالية والتقوم لثبوتها فيه **قوله** عندهما قيمتها
ثلث قيمتها فيه على ما قالوا العتاق متنعتين البيع والسعاية بعد الموت والباقي منفعة
من ثلاث فخصها ثلث القيمة بخلاف المدبر فان الباقي منفعة البيع فقط لانه يسعى بعد الموت
اذا لم يخرج من الثلث بعد قضاء الدين وليستخدم فكانت قيمته ثلثي قيمته فنا وقول على ما قالوا
بعد الخلاف وقد كتبناه في الكلام على قيمة المدبر **قوله** ولابي حنيفه رحمه الله الحاصل
ان ما ذكر من اللوازم انما هي لوازم الملك بوضع الشرع منه ثبت مع غيره كالوطي والاستخدام والاجارة
فان الوطي يثبت وما ملك له في المنكوحة والاستخدام والاجارة اي يثبت بالاجارة واللازم
الخاص هو ملك الكسب ولا كلام في ملك الرقبة انما الكلام في التقوم والمالية والتقوم يثبت
بالاحراز على قصد التمول حتى لا يكون العبد قبل الاحراز مالا متقوما بالملك وان ثبت
معه والادمي وان صار مالا بعد ان لم يكن في الاصل مالا لانه خلق ان يكون مالكا للمال ولكن ذلك
لغا الحرز للتمول وام الولد اذا احرزها واستولدها كان احرازه لها للنسب لا للتمول وان كان
اول تملكها كان للتمول لكن عند ما استولدها تحول صفة عن المالية لما ملك مجردا فصارت
محرزة عما ذكرنا وهذه المقدمة تقبل المنع عن انتفاء صفة المالية والتقوم بالاحراز للنسب
بان يقال لا نسلم الملازمة بين الاحراز للنسب وانتفاء التقوم وجواب انه وان لم ينافه
لكنه تابع فصار الاحراز في حق التقوم كالمنتفي ودليل على ذلك ثبوت لوازم الانتفاء شرعا وهو عدم
سعايتها للغرماء او وارث وان لم تخرج من الثلث او لا مال له سواها وعليه ديون فان ما كان
مالا متقوما في حياته يتعلق به حق ورثته وغرمائه ولو في بعض الصور كالمدبر اذا لم يخرج
من الثلث واخرج والتركة مستغرقة تعلق به فيظهر انه معتبر حال الحياة ما لا غير انه سوغ به
واذا لم يكن اعتبار صحة الوصية فيه بما ذكرنا بطلب تسعى في قيمته فظهر الفرق بين المدبر
المعلق عليه وام الولد وحين ثبت التقوم في المدبر ورد عليه لو كان متقوما جاز بيعه فاجاب عنه
بان عدم جواز بيعه لتحقق مقصود المدبر من غير ثواب عنه بعد موته والجواب عن الزام
التقوم بام ولد النصراني بمنع تقومها لالزام السعاية فيها ليس لذلك بل للضرورة اذ لا يمكن
بقاؤها مسلمة مملوكة له ولا اخراجها عن ملكه مجانا وهو ملك صحيح فانزل مكانه عليه قيمتها

ونقول لا نسلم تقدير دليل الكتابة ليلزم التقويم لانه في اصله بمقابلة ما ليس بمقوم وهو فك الحجر ولو اسلم فالامور الضرورية لا يقاس عليها ما ليس في محلها من تلك الضرورة او نقول هو يعتقد المالية فيها وجواز بيعها والحكم المتعلق بهم ينبني على اعتقادهم كما في مالية الخمر اذا اتلف ملكه لما احتبس عندها لمعنى من جهتها كان مضمونا عليها وان لم يكن متقوما كالقصاص اذا احتبس نصيب احد الشريكين عند القاتل بعفو الآخر يلزمه بدله وبهذا تم الوجه لابي حنيفة رحمه الله واما قوله في الكتاب وهذا لان السبب فيها اي في ام الولد متحقق في الحال وهو الجزئية الثابتة بواسطة الولد فغير متوقف على الاثبات اذ قد ثبت شرعا باذكرنا عدم تقومها وانما هو بيان حكمة شرعية عدم تقومها يعني ان حكمه اسقاط الشرع تقومها بثبوت الجزئية فيها وبين سببها الحر لما اخر ما ذكر في الصاع كما اتاه اليد عمر رضي الله عنه حيث قال لقيط تبيعون من وقد اختلطت لحومهن بلحومكم ودمائهن بدمائكم فلثبوت ذلك ثبت عدم المالية والتقوم وكان مقتضاه ان يتجز حريتها لكن انعقد الاجماع على عدمه فبقي فيما سواه وهو عدم التقوم لعدم الاجماع عليه وكذا يدل على عدم التقوم قوله صلى الله عليه وسلم اعتقها ولدها بهذا الطريق وهو انه يدل على تجز العتق لكن الاجماع على ان المراد اثبت لها الولد حق الحرية فبقي فيما سواه لعدم حقيقة العتق معمولا به ومنه سقوط التقوم فان قيل فالتدبير ايضا كذلك اي سبب في الحال للعتق لما ذكر في بابه فيجب ان ينتفي المدبر على وزان انتفائه بسبب الاسرة فالجواب ان ثبوت سببية التدبير في الحال على خلاف القياس في سائر التعليقات لضرورة ان تاخر كغيره من التعليقات يوجب بطلانه لان ما بعد الموت زمان زوال اهلية التصرف فلا يتاخر سببية كلامه اليه فيتقدر بقدر الضرورة فيظهر اثره في حرمة البيع خاصة لانه سقوط التقوم بل يبقى في حق سقوط التقوم على الاصل يعني فيتاخر سببيته لسقوط التقوم لما بعد الموت وعلى هذا يحمل قول المصنف وفي المدبر ينعقل السبب بعد الموت ويندفع عنه الزام التناقض وذلك ان كلامه في سقوط التقوم ام الولد فحاصل كلامه ان سبب سقوط التقوم في ام الولد ثابت في الحال وسبب سقوطه في المدبر متاخر الى ما بعد الموت كما بينا

باب عتق احد العبدين

هذا ايضا من عتق البعض غير ان الاول في بعض الواحد وهذا الكلام في بعض المتعدد فنزل الاول من هذا منزلة الجزء وهو مقدم على الكل لان الاول في عتق بعض ما هو بعض لهذا وهو الواحد **قوله** ومن كان له ثلاثة اعبد دخل عليه اثنان فقال احدكما حر ثم خرج واحد منهما ودخل اخر وهو الباقي من الاعبد من الثلاثة فقال الموالي احدكما فالمسئلة على ثلاثة اوجه احدها ان يبين العتق قبل الموت والثاني ان يموت الموالي قبل بيانه وهي مسئلة الكتاب والثالث ان يموت العبد قبل البيان وحكم هذا القول اذا وقع منه ان يوسر الموالي بالبيان وللعبد محاصة في ذلك فاذا بين العتق في الثابت وهو العبد الذي لم يخرج بالكلام الاول عتق وبطل الكلام الثاني لانه صادف مجمع بين حر وعبد وقال احدكما حر انشاء في المبهم الدائر بينهما ولا يلزم ذلك الا اذا كان كل منهما محلا للحكم والحر ليس كذلك فبطل انشاؤه وصار خبرا بان احدهما حر وهو الثابت فلا يفيد في الخارج عتقا فان قيل البيان له حكم الانشاء لانه في المعين والعتق المبهم لا ينزل في المعين منزلة بيانه في الثابت كانه انشاء لان العتق فيه بعد ما اعتق الاحد الدائر بينه وبين الخارج بالكلام الثاني ولم يجز عتق الثابت بعتق مستقل عتق الخارج فكذا بعتق بالبيان اجيب بان البيان انشاء من وجه لا من كل وجه بل من حيث ان وقوع العتق الاول في المعين به لا يكون بالعتق الاول فقط لانه عتق المبهم وهو غير المعين يكون انشاء ومن حيث ان المولى يجبر على البيان اذا خاصمه العبدان وامر يجبر على انشاء العتق يكون ناظرا فاعمل تعذر الانشاء بعتق الداخل وعلى تقدير الاخبار لا يعتق فلا يعتق بالشك وان بين بالكلام الاول عتق الخارج فلا اشكال

ويوسر

ويوسر بيان الكلام الثاني ويعمل ببيانه وان بدا ببيان الكلام الثاني فقال عنيت بالكلام الثاني الداخل عتق ويوسر بيان الاول فايهما بينه من الخارج والثابت عمل به وان قال عنيت بالكلام الثاني الثابت عتق وتعين عتق الخارج بالكلام الاول ويبطل الآخر لوجود وجوده كانا وتيقين وان لم يبين الموالي شيئا حتى مات احد العبيد فالموت بيان ايضا فان مات الخارج تعين الثابت للعتق بالايجاب الاول لزوال المزاحم وبطل الايجاب الثاني لما ذكرنا وان مات الثابت تعين الخارج بالايجاب الاول والداخل بالايجاب الثاني لان الثابت هو المزاحم لهما ولم يبق وان مات الداخل امر ببيان الاول فان عين به الخارج عتق الثابت ايضا بالايجاب الثاني وان عين به الثابت بطل الايجاب الثاني لما ذكرنا وان مات الموالي قبل البيان فهي مسئلة الكتاب واتفقوا فيها على عتق نصف كل الخارج وثلاثة ارباع الثابت واختلف في الداخل ومذهب ابي حنيفة وابي يوسف انه يعتق نصفه ايضا وعند محمد يعتق ربعه واستشكل قولهما بعتق النصف وثلاثة الارباع مع قولهما بعدم تجزي الاعتاق والجواب ان قولهما بعدم تجزيه اذا وقع في محل معلوم اما اذا كان الحال انما هو الحكم بثبوته بالضرورة وهي مقتضية لانقسامه انقسام ضرورة والحاصل ان عدم التجزي عند الامكان والانقسام هنا ضروري ورده بعض الطلبة بمنع ضرورة الانقسام لان الواقع ان كل من عتق منه البعض الذي ذكر لا يقر في الرق بل يسعى في باقيه حتى يخلص كله حرا فيمكن ان يقول بعتق جميع كل واحد عندهما ويسعى في ذلك القدر فيتحرر الحاصل على قولهما وقول ابي حنيفة غير انهم يسعون ربع عبد وعندهما يسعون ربع احرار اذ الحاصل ان الضرورة اوجبت ان لا يعتق جميع واحد مجانا الا ان يعتق بعض فقط ثم يتاخر عتق الباقي الى اداء السعاية فلا يلزمهما مخالفة اصلهما ورد على ذلك الطالب بانه لو عتق الكل عن الكل واحد ابتداء ثم يسعى وهو حر لزم ان يكون موجب قول الموالي احد كاحراعتاق الاثنين وهو باطل بل احدكما لا يؤدي معنى كلا كما وقد يدفع عنه بمنع كون الموجب ذلك بل موجبه عتق رقبته شايعة وانما عتق الكل من كل منهما للضرورة التي اقتضت توزيعه وحين لزم التوزيع موجب عتق بعض وجب وقوعه في الكل فكان التوزيع مقتضى الضرورة فوقوع عتق النصف مثلا موجبا للتوزيع كوقوعه موجبا لقوله اعتقت نصفك كما يقع اعتاق النصف اعتاقا للكل اذا وقع عن موجبه كذلك يقع هنا والحاصل انه لا موجب اصلا لخروجها عن اصلها وموافقة ابي يوسف ابا حنيفة في عتق نصف الداخل لا توجب موافقته في التخريج ووجه الاتفاق فيه ما ذكره المصنف بقوله اما الخارج فلان الايجاب الاول دائر بينه وبين الثابت وهو الذي اعيد عليه القول فاوجب عتق رقبة بينهما استويا فيصيب كلا منهما النصف اذ لا مرجح غيرا الثابت استفاد بالايجاب الثاني ربحا آخر لانه دائر بينه وبين الداخل فينتصف بينهما لان نصف الثابت شاع في نصفيه فما اصاب منه المعتوق بالاول لغا واما اصاب الفارغ من المعتق عتق فيسلم له الربع نصا فالجملة عتق النصف بالاول فتم له عتق ثلاثة ارباعه ولانه لو اريد الثابت بالثاني بعتق نصفه الباقي ولو اريد الداخل لا يعتق منه شيء فعتق نصفه في الحال ولم يعتق منه شيء في الحال فعتق النصف له وعتق ربعه وقد كان عتق له النصف بالاول فيكمل له عتق ثلاثة الارباع وهو المذكور لمحمد في الداخل انه الايجاب الثاني دائر بينه وبين الثابت وقد اصاب الثابت منه الربع فكذلك يصيب الداخل **قوله** وهما يقولان حاصله ان اصابة الربع عندهما ليس فضية للكلام بل تضمنه عتق نصف لكنه لشيوعه في كل نصف شايعا معتوق فما اصاب منه هذا النصف لغى وما اصاب الفارغ عتق فبلغ ربعه وهذا المعنى منتف في النصف الذي اصاب الداخل ولا يقال ان الايجاب الثاني صحيح في حال وهي ان يريد به الثابت في حال اخرى وهي ان يريد به الثابت

لما تقدم وعلى تقدير صحته يثبت به عتق كامل منهما الكل نصفه وعلى تقدير عدم صحته يثبت به
عتق اصلا فانصف الثابت به فاصاب كل اربعه فلذا عتق من الثابت ثلثة ارباعه ومن الداخل
ربعه واذا عرفت هذا ظهر ان المذكور في وجه الاتفاق ليس على الاتفاق لان عتق ثلاثة ارباع
الثابت على قول محمد ليس لذلك الوجه المذكور فانه لم يصبه النصف اصلا بل اصابه الربع ابتداء
بادر س الوجهين واعلم ان قولهما يريد الخارج بالكلام الاول معناه محتمل ان يبين الميت العتق فيه
لوبينه قبل موته واما ان العتق المبهم لم يرد به المعين حال صدوره بل المبهم ثم بالتعيين ينزل ذلك المبهم
فيه والشافعي في اصل المسئلة قولان في قول يقرع بينهم وفي الاخ يقوم الورثاء مقام الوصي في البيان
وعند احمد رحمه الله يقرع بينهم وكذا اذا قال لعبد له اذا جاء حر يقدع بينهما فمن خرج القرعة باسمه فهو حر
وينبغي بيانا ان يقول كنت نويته عند التلفظ لتحاصيل اعتبار الاحوال مارواه صلى الله عليه وسلم
بعث سرية يلاحتشم للقتال فاعتم ناس منهم بالسجود فقتلهم اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى
النبي صلى الله عليه وسلم بنصف العقل وليس هذا الا لاعتبار الاحوال لان السجود جاز كونه لله فيكون الله لاما فيجب
كمال العقل وجاز كونه تعظيما للظاهرين عليهم بنية من القتل كما يفعلونه فكان موجبا كما له في اعتبار
غير موجب في اعتبار فقضي بالنصف ووجه اعتبار القرعة حديث عمران بن حصين رضي الله عنه ان رجلا
اعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم فدعاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزاهم اثلاثا
ثم اقرع بينهم فاعتق اثنين وارق اربعة رواه الجماعة الا البخاري وهذا الحديث صحيح لكنهم لم يعملوا
به تظاهر باطلا وقد علمت ان صاح سنده جاز ان يضعف بعلة قادحة ومن العلل مخالفة الكتاب
والسنة المشهورة وكذا مخالفة العادة الفاشية كخلافه قالوا فهذا يخالف نص القرآن يحرم
الميسر فانه من جنسه لان حاصله تعليق الملك او الاستحقاق بالخطر والقرعة من هذا القبيل
انها توجب استحقاق العتق ان ظهر كذا او ان ظهر كذا والما قضا العادة كخلافه فانها قاضية
بنفي ان واحدا يملك ستة اعبد ولا يملك غيرهم من درهم ولا ثوب ولا فرس ولا اداية ولا في دار
يسكنها او شيء قليل ولا كثير وما قيل انه قد يتفق للعرب ذلك لياخذ علمهم لو يكون وقوع ذلك
له في عشيمة ان كان مع العرض الذي فرضناه من عمر مرتين قليل او كثير من كل نوع فهو ايضا مما
ينقض العادة بنفيه لانه ايضا نادر فكان مستحيلا في العادة والعرف فوجب رد الرواية
لهذه العلة الباطنة كما قالوا في المتفرد بزيادة من بين جماعة لا يغفل مثلهم عن مثلها مع اتحاد المجلس
انه يحكم بغلطه وما رددته من جنس خبر الواحد فيما تم به البلوى واما ما قبل انها واقعة حال
فلا تعم فليس بشيء لان العقل وان لم يعم فانه يدل على طريق صحيح واذا كان طريقا صحيحا جاز ان كما
وتعرف الحكم به والا فمثله يلزم فيما استدل للتم به لاعتبار الاحوال من قصة الخثعميين بلا فرق
ولذا نحوه من اوجه ضعيفة وحقيقة الوجه ليس الا مخالفة العادة والكتاب على نفي مقتضاه
فيحكم بغلطه من بعض رواية عن عمران ولذلك اجمع على عدم الاقراع عند تعارض البينتين ليعمل
باحدهما وعلى عدمه عند تعارض الخبرين ونحن لا ننفي شرعية القرعة في الجملة بل نثبتها شرعا
لتطييب القلوب ودفع الاحقاد والضغائن كما فعل صلى الله عليه وسلم للسفر بنسائه فانه لما كان
سوء بكل من شاء منهن جاز ارعاء لتشاحي الضغائن بينهن فكان الاقراع لتطييب
قلوبهن وكذا اقراع الشافعي في الاضحية المستحقة والبداية بتخليف احد المتخاصمين انما هو لدفع
ما ذكرنا من تهمة الميل والحاصل انها انما تستعمل في المواضع التي يجوز تركها فيها لما ذكرنا من المعنى ومنه
استهام زكريا عليه الصلاة والسلام معهم على كفالة مريم عليها السلام كما ذكره لذلك والا فهو كان احق بكفالتها
لان خالتها كانت تحته والله اعلم فاما ان تعرف بها الاستحقاق بعد اشتراكهم في سببه
فادعى منه ظاهر التوزيع لان القرعة قد تؤدي الى حرمان المستحق بالكلية لان العتق اذا كان شائعا

فيهم شيع في كل منهم منه شيء فاذا جمع الكل في واحد فقد حرم الاخر بعض حقه بخلاف ما اذا وزع فانه
ينال كلا شيء واما اذا لم يكن شائعا فيهم كما تقدم في العشرة المالكين لعشر جوار اذا اعتق احدهم جارية
ثم لم يقدر وصار ملك العشر لواحد حيث يعتق من كل عشرة واحد وتسعى في تسعة اعشارها فانه اصابة
المستحق بعض حقه يقينا ومع القرعة جاز ان ينال كل حقه قوله فاذا كان هذا القول منه في
المرض قسم الثلث على هذا لان العتق في المرض وصية ومحل نفاذ الوصية الثلث فان كانوا لا يخرجون
من الثلث فلا اشكال وان لم يخرجوا وليس له مال سواهم ولم يجز الورثة قسم الثلث وهو عتق رقبة
بينهم على قدر سهامهم من الوصية فيضرب كل بقدر وصيته قال المصنف وتشرح ذلك اه يجمع بين سهام
العتق وهي سبعة على قولهما ابي قول ابي حنيفة وابي يوسف اما على قول محمد فسنة وذلك لانا نجعل كل رقبة
على اربعة وانما نجعل كل رقبة على اربعة كما جئنا اليه ثلاثة ارباع فنقول يعتق من الثابت ثلاثة منه
من اربعة ومن الاخرين من كل واحد منهما سهمان فبلغ سهام العتق سبعة خارجة من الثلث فلا بد
من كون سهمان الورثة ضعفها لان الثلثين ضعف الثلث وهما سهامهم فبلغ كل المال هذا
وعشرين وكل المال هو الاعبد الثلاثة فيكون كل منهم وهو ثلث المال سبعة اسهم بالضرورة
فيعتق من الثابت ثلاثة من سبعة ويسعى في اربعة ومن الاخرين الداخل والخارج من كل منهما
سهمان ويسعى في خمسة فصار ثلاثة ارباع الثابت على ثلاثة اسباعه وذلك اقل من نصفه
بنصف سبع وصار نصف كل من الاخرين سبعين وذلك اقل من ثلاثة اسباع سبع واما قول
محمد فانما يضرب الداخل بسهم ويسعى في خمسة فصار ربعه سدسا وعلى هذا يكون سهام العتق
ستة وسهام الورثة ضعفها البتة فيكون كل التركة ثمانية عشر فيجعل كل عبد على ستة فيعتق
من الثابت ثلاثة ويسعى في ثلاثة فكان المعتوق من يستحق ثلاثة الارباع على قوله نصف وعلى قولهما
يعتق منه نصف الاثنين سبع ومن الخارج سهمان وهما ثلاثة ويسعى في اربعة وعلى قولهما
يعتق ثلاثة الاثلث سبع ومن الداخل سهم واحد وهو سدسه وعلى قولهما يعتق بسعاه ولا يخفى ان
الحاصل للورثة لا يختلف قوله ولو كان هذا في الطلاق يعني قال لزوجتين له احداكما طالق
فخرجت احداهما ووطئت زوجة له ثالثة فقال احداكما طالق ومن غير مدخولات ومات الزوج
قبل البيان سقط من مهر الخارج ربعه ووجب لها ثلاثة ارباعه ومن مهر الثانية ثلاثة اثمانه
ووجب خمسة اثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه ووجب لها سبعة اثمانها فالزمها محمد رحمه الله
المناقضة فان سقط ربع مهر الخارجة لوقوع طلاق بينها وبين الثابتة ليسقط به نصف مهر
بها لبين احديهما او يسقطه من الاخرى فوزع بينهما فسقط من كل من الخارجة والثابتة
ربع مهرها والكلام الثاني موجب في حال ان تزاد الخارجة دون حال وهي ان تزاد الثابتة
لانه يصير جامعا بين اجنبية ومنكوحة لانه اعتق لانه قبل الدخول فينتصف ويثبت
به سقوط الربع موزعا فيسقط ثمن مهر الداخلة ومثله من مهر الثابتة فيضم لما سقط
مع الاولى فتم لها ثلاثة اثمانه في مسئلة العتق فيعتق ربع الداخل لان الثمن في الطلاق قبل الدخول
بمنزلة الربع لان الساقط به نصف المهر والثمن هو ربع النصف قال المصنف في جوابه قبل هذا
اي المذكور في الطلاق قول محمد وحده اما عندهما فيسقط ربع مهر الداخلة لان الثمن بلا يتم به الربع
وقبل بل هو قولهما ايضا والعرف ذكر المصنف انه ذكره في زياداته وذكرنا تقريرها فيها
فيها اما التقريعات فقد قدمناه في بيان العتق قبل موت احد وبعد موت احد العبدين واما
التقريعات في الطلاق فنذكر ان ميراث النساء وهو الربع او الثمن ينقسم بين الداخلة والاولتين
نصفين بنصف للداخلة لانه لا يزاحمها الا احدى الاولتين اعني الثابتة والنصف الاخر بين الاولتين
لان احداهما ليست اولى به من الاخرى ومنها ان الثابتة لو ماتت والزوج حي طلقت الخارجة

والداخلة لما ذكرنا في العتاق ولكل واحد على الزوج ثلاثة ارباع المهر وان مات الداخلة كان عليه
بيان الكلام الاول فان اوقع على الخارجة طلقت الثابتة ايضا لعدم مزاحمة الداخلة بالموت
وان اوقع على الثابتة لم تطلق الخارجة وان مات الخارجة طلقت الثابتة دون الداخلة
لما ذكرنا في مسئلة العتق ولو تمت واحدة منهن حتى بين الزوج الطلاق الاول في الخارجة صح وعليه
بيان الثاني وله الخيار في تعيين الثابتة او الداخلة به وان بين الطلاق الاول على الثابتة لغى
الكلام الثاني وان اوقع الطلاق الثاني على الداخلة كان له الخيار في تعيين الخارجة او الثابتة
بالكلام الاول وان اوقع على الثابتة طلقت وطلقت الخارجة ايضا لما تقدم واما الفرق
بين الكلام الثاني في العتق صحيح من كل وجه في حق الداخل ولا اشكال فيه وكذا في حق
الثابت اما على قول ابي حنيفة رحمه الله فظاهر لانه عتق بعضه وهو يقول بتجزي الاعتاق
وعتق البعض كالمكاتب والمكاتب محل للعتق فصح اللفظ الثاني بالنسبة اليه ايضا بخلاف الطلاق
لانه ليس من كون المراة محلا للطلاق وغير محل له واسطة والطلاق المذكور قبل الدخول فلزم كون
الايجاب الثاني فيه دائرا بين موجبا سقوط النصف وكونه غير موجب شيا بخلافه في العتق
واما على قول ابي يوسف وهو لا يقول بتجزي الاعتاق فلان الثابت دائر بين ان يكون حرا
وبين ان يكون عبدا فكان كالمكاتب والمكاتب محل للعتق على ما ذكرنا لابي حنيفة ولا يخفى ان
المراد من كون الثابت عتق نصفه على قول ابي حنيفة فيصير بذلك مكاتبا في الايجاب الثاني انما
هو بعد موت الموجي والا فالايجاب الاول انما مقتضاه عتق واحد من الاثنين بكماله فلا يحكم بعتق نصف
احدهما بل عند تعذر الوقوف على ذلك الواحد بموت الموجي فتسمناه بينهم فحينئذ يقال من طرف محمد
ان اعتبار الاحوال انما هو حال صدور ما يجب اعتباره وحال صدور الايجاب الثاني لم يكن في الثابت
عتق اصلا وبجاب بانه انما يجب الاعتبار حال صدور اذا كان لتعرف حكمه اذ ذاك وههنا كذلك يزيد ان
تتعرف حكم الكلام بعد الموت وفرق اخر وهو ان الكلام الاول يعتبر تعليقا في حق الداخل بحكم يقبل التعليق
وهو وقوع العتق اما البراءة عن المهر فلا تحتمله من جهة الزوج فان البراءة انما تكون من قبل المراة
فتعتبر تنجيزا في حق البراءة واذا اعتبر تنجيزا كان الكلام الثاني متردد ابين ان يوجب او لا يوجب
شيا فاوجب سقوط ربع المهر من الثانية والداخلة فيسقط من الداخلة ثمن ويستحق ثلاثة
اثمان مهرها ومن الثانية كذلك وكان سقط ربع بالاول فيسقط ثلاثة اثمان مهرها ويستحق
ثمنا واحدا هذا ولا يخفى ان تخصيص ابي يوسف في الفرق بما ذكر يقتضي انه لا يقول بتجزي الاعتاق
في الاعبد فيقول به على ما ذكرنا من سقوط ذلك السوال **قوله** ومن قال لعبديه احدكما حر
فباع احدهما او مات او قال له ابي لاحدهما انت حر بعد موتي عتق الاخر المقصود ذكر ما يتبع به
البيان في العتق المبهم ومعلوم ان العتق المبهم يوجب البيان كالطلاق المبهم عندنا وعند
الشافعي ومالك رحمهما الله وعند احمد لا بيان الا بالقرعة وباللفظ ينفي الا ان يقول كنت نويته
عند التلفظ به وعند الظاهرية لا يعتق اصلا والبيان يقع حرية ما كقوله اخترت ان يكون هذا
حرا بذلك اللفظ الذي قلته او يقول انت حر بذلك العتق اما اذا اقتصر على قوله انت حر ثم قال
اردت بذلك العتق فانه يصدق قضاء فلا يعتق الاخر ولو لم يقل شيا عتق هو والاخر معا لان هذا عتق
اضاف بغير الاول وبه لم يبق محلا للنزول عتق اخر فكان كالموت فتعين الاخر للعتق بذلك
الاعتاق ودلالة كما اذا باع مطلقا او بشرط الخيار لاحد المتبايعين بيعا صحيحا او فاسدا بيع فبض ودونه
في الصحيح لان البيان يقع بتصرف مختص بالملك سواء كان مخرجا له عن الملك كما لو يجز عتق احدهما
او باعه او هبه ولذا عتق الاخر بالمساومة في ما هبه وهذا الان ذلك بدل على قصده استبقاء
ملكه في الذي تصرف فيه فيقع بيانا بالعتق الاخر وحكما كما اذا مات احدهما فانه يعتق الاخر

ولسيء بيانا من المتكلم لانه ليس اختيارا ولان البيان انشاء من وجه والانشاء في الاخر موت قريبه
لان الانشاء صفة اللفظ بل لزم من طريق الحكم ذلك بسبب فوات محلية الذي مات ليزول
العتق فيه ولا من عتق احدهما بعينه فلزم ذلك الكلام عتق الحي وما يتبع به البيان في العتق
المبهم المنجز يتبع به في العتق المبهم المعلق كان قال اذا جاء زيد فاحدكما حر فلو مات احدهما قبل
الشرط او تصرف فيه بازالة الملك ثم جاء زيد عتق الباقي وفرق بين البيان الحكمي والصريح
فان الحكمي قد ثبت انه يصح قبل الشرط بخلاف الصريح فانه لو قال قبل الشرط اخترت ان عتق
فلان ثم وجد الشرط لا يعتبر لانه اختيار قبل وقته كما لو قال انت حر ان دخلت هذه او هن ثم بين
احديهما للحنث لا يصح تعيينه ولو باع احدهما او كلاهما ثم اشتراهما ثم جاء زيد ثلث حكم العتق المبهم
فيعتق احدهما ويؤمر بالبيان لان زوال الملك بعد اليمين لا يبطلها وعن محمد لو كان اليمين قبل الحرية
المجهولة يعني قال لعبده ان دخلت فانت حر ثم قال له مع اخر احدكما حر ثم وجد الشرط فعتق ذلك
المحلوف بعتقه عتق الاخر لفوات محلية المحلوف بعتقه بالعتق فصار كقوله ولو كاتب او رهن او اجر
يكون بيانا ولو استخدم احدهما او قطع يده او جنى عليه لا يكون بيانا **قوله** لانه لا يبقى محلا للعتق
اما بالموت والعتق من جهته بالبيع اي ولم يبق محلا للعتق من جهة الموجي المتكلم بالعتق المبهم بسبب
بيعه اياه والعتق من كل وجه اي ولم يبق محلا للعتق من كل وجه وهو العتق الملتزم بقوله احدكما حر
فان حاصله تعليق عتق كامل بالبيان وبالتدبير بيان عتقه عتقا كاملا لا ستحقاقه العتق عند
الموت فتعين الاخر وانه بالبيع قصدا لوصول الى الثمن وبالتدبير قصد استيفاء الانتفاع به مدة
حياته وان يعتق بعد موته والمقصود ان من الوصول الى الثمن والانتفاع المستمر الى الموت يلزم ان
العتق الملتزم بالايجاب المبهم فيتعين له الاخر دلالة **قوله** وكذا اذا استولد احدهما اي
وطيء احدهما فعلقت لانها صارت ام ولد له فتعينت الاخرى للعتق للعينين وهما كونها
لم تبق محلا للعتق من كل وجه كالمدبر وقصدا بتاء للانتفاع بها الى الموت واما قيدنا الوطي
بالمعلق لان الوطي غير المعلق ليس بيانا عند ابي حنيفة كما سنذكره واستشكل على تعين الاخر
بموت احدهما او اشتري احد العبدين وسمي ثمن كل منهما على انه بالخيار يا خذ ايهما شاء
احدهما حيث يتعين للبيع الميت الا الحي مع ان بالموت لم تبق محلية البيع كما لم تبق محلية للعتق
وبالوقال لامتيه احدى هاتين بنتي او ام ولدي ثم مات احدهما لا تتعين الحية للاستيلاد
والحرية وجواب الاول بالفرق بان عند اشتراف احدهما على الموت تتعين البيع فيه لانه
تتعذر رده كما قبضه فانه لا يخلو عن مقدمة تعيب فانما تعين للبيع وهو حي لا ميت ولا يتعين
العتق بالاشراف على الموت فلو عتق كان بعد الموت فامتنع فات رقيقا لعدم موجب
التعلق فتعين الاخر للعتق وجواب الثاني بانه ليس ايقاعا بصيغته بل اخبار وجوز ان
يخبر بهذا عن حي والميت فيرجع الى بيان الموجي وقوله طلاق جواب الكتاب
يريد الجامع الصغير وقوله والمعنى ما قلنا الى من انه قصد الوصول الى الثمن والوصول الى
الثمن بنافي العتق فتعين الاخر للعتق **قوله** والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة
البيع لانه تمليك روي عن محمد في الاملاء اذا وهب احدهما وقبض او تصدق فاقبض عتق
الاخر قالوا وذكر الاقباض توكيدا لما للشرط لما في المبسوط والمحيط وغيرهما ان البيان باعتبار
دلالة تصرف مختص بالملك وان المساومة اذا عينت الاخر وليس فيها خروج عن الملك فعقد
الهبة والصدقة والبيع الفاسد وهو ادخل في طريق الملك اولى ان تعينه **قوله**
وكذلك لو قال لامرأتيه احداكما طالق ثم مات احدهما يعني تطلق الحية لما قلنا
في العتق من عتق الباقي بموت احدهما لعدم محلية العتق وكذا الموطوءة احدى المراتين تطلق الاخرى

لما بين في مسئلة الاستين التي تليها **قوله** ولو قال لامتيه احداكما حرة ثم جامع احداهما او اعتق لم تعتق الاخرى عند ابي حنيفة رحمه الله وبه قال احمد اما لو علقت الاخرى اتفاقا ولو قال احداكما مدبرة ثم وطئ احداهما لا يكون بيانا بالاجماع لان التدبير لا يزيل ملك المتابع بخلاف العتق وقالا يعتق وبه قال الشافعي في رواية لهما ان الوطئ لا يحل الا في ملك واحداهما ليست في الملك تعتق احداهما بذلك الكلام وكذا لو قتلها انسان وجب نصف دية وقيمة لكل منهما فكان بوطئ احداهما مبينا للمستبقى لملكه فتعينت الاخرى لزواله بذلك العتق كما في الطلاق المبهم فانه اذا قال لزوجتيه احداكما طالق ولم يدخل بها او دخل فقال طالق بائن او ثلاثا فوطئ احداهما طلقت الاخرى اتفاقا واما قيدنا الطلاق بما ذكرنا لانه لو كان رجعيا لا يكون الوطئ بيانا لطلاق الاخرى لحل وطئ المطلقة الرجعية ذكره التمرتاشي وهل يثبت البيان في الطلاق بالمقدمات في الزيادات لا يثبت وقال الكرخي يحصل بالتقبيل كما يحصل بالوطئ ولو ان الملك قام فيها جميعا حتى قتل احداهما ولهذا لو وطئ احداهما بشبهة كان الواجب عشر مملوكتين ويكون كله للموالي وانما يملك الدال بملك الاصل وهذا لان العتق في المنكرة اي المبهمة الدائر بين كل منهما وهي غير المعينة وتنافيها لان المعينة ليست دائرة بين نفسها والمعينة الاخرى في حق العلم والمبهمة احداهما دائرة بينهما ووقوعه في المعينة مشروط بالبيان فكان عتق المعينة معلقا به والمعلق بالشرط عدم قبله فصار كما لو قال لزوجته ان طلقتك فانت طالق او لامته ان دخلت فانت حرة فان لم وطئها قبل الشرط لقيام الملك في الحال قولها احداهما حرة ان اريد المعينة معناه او المبهمة سلناه ولا يفيد لان الوطئ انما يقع في المعينة فوطئها لم يقع في محل الحرمة فحل واذا حل وطئ كل منهما لم يكن وطئ احداهما دليلا على تحريم الاخرى بعتقها وانما يلزم اذا كان الحال وطئ احداهما فقط وهو ممنوع وحينئذ يرد النقض بالوطئ بالطلاق المبهم فانه لو صح ما ذكر لزم حل وطئها لوقوعه في معينه والمطلقة هي المبهمة فاذا اجيب عنه بتقييد حلها بما اذا لم يتعين احداهما للطلاق وبمجرد وطئ احداهما تتعين الاخرى فتحرم خلافا في العتق عاد اول المسئلة وهو انه كما كان الوطئ بيانا في الطلاق يجب ان يكون بيانا في العتق لان الملك في الزوجتين المعينتين قائم انما المطلقة هي المبهمة ولا جواب له سوا ان الدال في الاصل على الطلاق المبهم ليس الا قصد الاستيفاء فانه هو الدليل على نفي الاخرى اذا كان الواجب اخراج احداهما عن الملك وهو مبطل فيدار على دليله وهو الوطئ لطلب الولد فان طلبه يفيد استيفاء من هو منها ليلا يضيع حاله ووطئ المنكوحة هو المفيد لطلب الولد لا الامة ظاهرا لانه هو الذي وضع له عقدها لا وطئ الامة لان عقدها لم يوضع لذلك بل للاستخدام ووطئها من حملة الاستخدام تضا للشهوة فلم يكن وجوده دليلا على قصد الولد دلالة ظاهرة وعلى هذا ينبغي ان يقال في دليلها ان يقال وطئ احداهما دليل استيفائها كالوطئ في الطلاق المبهم وفي وجه قوله منع دلالته والفرق بما ذكرنا ولا حاجة لنا الى اثبات الملك فيها وحل وطئها ثم العود بانه ما ينبغي به لترك الاحتياط فالحق انه لا يحل وطئها كما لا يصح بيعها وقد وضع في الاصول مسئلة يجوز ان يحرم احد اشيا كما لا يجوز اجاب احد اشيا كما في خصال الكفارة وحكم تحريم احد اشيا جواز فعلها الا واحدا لانه لو عمها فعلا كان فاعلا للمحرم قطعا والجامع خلاف في ذلك وثبوت الملك قد يمتنع مع الوطئ لعارض كالرضاع والمجوسية فلا يستلزم قيامه حل الوطئ وهنا كذلك فان موجب اللفظ وهو عتق احداهما لا بعينها في وطئها وطئ المحرمة بيقين فلا يحل قطعا وان كان الملك قائما فيها بخلاف اخذ ارش الجناية عليها لانه بدل الملك غير مقيد بحل الوطئ وغرامة قيمة مملوكين كذلك ايضا وانما وجبت نصف قيمة ودية لكل منهما اذا قتلها رجل لصحة اثباته بدون التعيين

وانما ينتصف لان احداهما بيقين لا تعرف فتنصف في الضمان ثم ما هو قيمة للمولى وما هو دية للورثة بخلاف ما لو قتلها رجلان فان على كل منهما قيمة امة اذ ليست نصف كل منهما حرة في نفس الامر فكل من الرجلين يتوهم ذلك فتعذر الايجاب على العاقلة من غير تعيين الضمان عليهم بخلاف قتل واحد فان الحرة لا تعدوهما فتحقق عليه ضمان حرة غير معلومة بعينها فتوزع فيهما **وقولهم** وقوع الطلاق فيها حلق بالبيان فجاز وطيها غير صحيح اذ لا تخليق بل تعيين ما مر في الشرع بتعيين محله ولو كان يمينا محضا لم يجبر على ايقاع شرطه كسائر الايمان وهنا يجبر على البيان الذي هو بمنزلة الشرط فعرف انه شبيه به من حيث توقف الوقوع في المعينة عليه شبها لا يوجب حقيقة احكامه من حل الوطئ قبل الشرط فيها وابو حنيفة لم يتنزل عنه ذلك صونا لما يحل وطئ من تعليله الملك فيها لحل وطئ احداهما **فروع** من البيان قال لامتيه احداكما حرة ثم قال لم اعن هذه عتقت الاخرى ولو قال بعد ذلك لم اعن من الاخرى عتقت الاولى فيعتقان لان قوله لم اعن هذه اقرار بعتق الاخرى فقد اقر بعتقها وكذا هذا في الطلاق بخلاف ما لو قال لاحد هذين على الف فقبل له اهو هذا لم يجب للاخر شئ والفرق ان البيان في الاقرار المبهم ليس واجبا بخلافه في انشاء الطلاق والعتاق المبهم ولو قال امة وعبد من رقيقي حران ومات قبل البيان فان كان لم امة وعبد ان عتقه الامة من كل عبد نصفه وان كان ثلاثة عتق من كل ثلثه ويسعون في الباقي ولو تعددت الاما ففي هذا القياس ان كانتا امتين عتق من كل نصفها او ثلاثا عتق من كل ثلثها ويسعى في الباقي والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب **قوله** ومن قال لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حر فولدت غلاما وجارية ولا يدري ايهما ولد اولا عتق نصف الام وتسعى في قيمة نصفها ونصف الجارية وتسعى في النصف والغلام عبد لان كل واحد من الام والجارية يعتق في الحال وهو ما اذا ولدت الغلام اولا فعتق الام بوجود شرط عتقها والجارية لكونها تبعا للام في الرق والحرية وقد ولدتها وهي حرة وترق في حال وهي ما اذا ولدت الجارية اولا لعدم الشرط فاذا عتقتا في حال دون حال فيعتق نصف كل منهما والغلام عبد في الحالين لانه ولد امه قنه فانها انما تعتق بعد ولادتها اياه اولا لان ولادته شرط عتقها والمشروط يتعقب الشرط وهذا الجواب كما ترى في الجامع الصغير من غير خلاف فيه والمذكور لمحمد رحمه الله في الكيسانيات في هذه المسئلة انه لا يحكم بعتق واحد منهم لانا لم نتيقن بعتقه واعتبار الاحوال هذا التيقن بالحرية ولا يجوز ايقاع العتق بالشك فعن هذا حكم الطحاوي بان محمدا كان اولا مع ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ثم رجع وفي النهاية عن المبسوط ان هذا او جواب ليس جواب هذا الفصل بل في هذا الفصل لا يحكم بعتق واحد منهم ولكن يحلف المولى بالله لا يعلم انها ولدت الجارية اولا فان نكل فنكوله كاقراره وان حلف فلم ار قرا واما وان جواب هذا الفصل انما هو فيما اذا قال ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة وان كان جارية فهي حرة فولدتهما ولا يدري ايهما اولا فالغلام رقيق والابنة حرة وتعتق نصف الام ولا شك ان هذا ليس جواب الكتاب لان في هذه الصورة يعتق جميع الجارية على كل حال لانها ان ولدت الجارية اولا عتقت بالشرط وان ولدت الغلام اولا عتقت تبعا للام واما انتصاف عتق الام فلانها تعتق في ولادة الغلام اولا لوجود الشرط في الجارية وجواب الكتاب عتق نصفها مع نصف الام وصح في النهاية ما في الكيسانيات لان الشرط الذي لم يتيقن وجوده اذا كان في طرف واحد كان القول من انكر وجوده كما اذا قال ان دخلت غدا فانت حر فمضى الغد ولا يدري اوخل ام لا للشك في شرط العتق فلا وقع الشك في شرط العتق وهو ولادة الغلام اولا واما اذا كان الشرط مذكورا في طرف الوجود والعدم كان احدهما موجودا لا محالة فحينئذ يحتاج الى اعتبار الاحوال فان قلت المعروض في

صورة الكتاب تصادقتم على عدم علم المتقدم والمتاخر فكيف يحلف وهو دعوى ولا منازع قلنا هو محمول
على دعوى من خارج حسبة عتق الامة او بتبعا لوجود الشرط وقد عرف ان الامة لو انكرت
العتق وشهد به فيل فعلى هذا جاز ان يدعي رجل حسبة اذا لم يكن بينة ليحلف لرجا نكول هذا
ولكن المذكور في المبسوط في تعليل صح بان الام تدعي العتق والمولى ينكر والقول للمنكر مع يمينه فافاد
ان ذلك في صورة دعوى الام وهي غير هذه الصورة التي في الكتاب واعلم ان ما ذكره في النهاية
من ترجيح ما في الكيسانيات حقيقته ابطال قول ابي حنيفة وابي يوسف مع انه لم نر دعنها رواية
شاذة تخالف ذلك الجواب واستدل لما بان الشرط الكائن في طرف واحد لما اخره قد ينظر فيه
بان ذلك في الشرط الظاهر الكفي ولهذا قيد في المبسوط حيث قال اذا قال ان فعلت كذا فانت
حر وذلك من الامور الظاهرة كالصوم والصلاة ودخول الدار فقال العبد فعلت لا يصدق الا
ببينة بخلاف قوله ان كنت تحبني لما اخره فيمكن ان يكون الوداعة من الامور التي ليست ظاهرة
فيوجب الشك وهنا باعتبار الاحوال فيعتق نصف الام كما في الجامع **قوله** وان ادعت الام ان الغلام
هو المولود اولا وانكر المولى والجارية الصغيرة فالقول قولهم مع اليمين بالله ما يعلم ان الغلام ولدها ولا
ان كان شرط العتق فان حلف لم يعتق واحد منهم وان نكل عتقت الام والجارية مولاهن دعوى
الام حرية الصغيرة يثبت في ضمن دعواها حرية نفسها لانها نفع محض مع ثبوت ولايتها على الولد والجملة
وعجز الصغيرة عن دعواها لنفسها فاعتبر بكوله بعد حق حريتها فعتقتا فلو كانت الجارية كبيرة
ولم تدع شاركت الحرية لنفسها وبانت المسئلة بحالها بعني ولدتها فادعت الام تقدم الغلام وانكر
المولى والجارية بالغة فحلف فنكل عتقت الام الخاصة بنكوله لان دعوى الام حريتها غير معتبرة
في الجارية الكبيرة لان الدعوى على الغير انما تصح بولاية او انابة منتفيتان عن الكبيرة فلا تتضمن
دعوى الام حرية نفسها دعواها حرية البنت فان قيل اذا ثبتت عتق الام ينبغي ان تثبت حرية
بنتها لانه لا يلزم له فالاقرار بحريتها اقرار بحرية الاخر وهو اجيب بمنع كون عتق الام بالنكول عتقا بوجود
الشرط بجواز كونه بدلا لما لها من المولى ليتركن الحلف او اقرار بحريتها بدون ذلك الشرط فلا يوجب
عتق البنت وبان النكول جعل اقرارا لحق قولها بطريق الضرورة ولهذا لا يثبت العتق بمجرد النكول
قبل القضاء ولهذا قال محمد فيمن قال لغيره انا كفيل بكل ما يدرك به فلان فما دعي المكفول له على فلان
مالا فانكر فحلف فنكل يقضي عليه بالمال ولا يصير الرجل كفيلا ولو كان اقرارا من كل وجه صار كفيلا
قوله ولو كانت الجارية الكبيرة هي المدعية لسبق ولادة الغلام واللام ساكنة والباقي بحالها
تثبت عتق الجارية بنكول المولى دون اللام لما قلنا في ان دعوى الام حرية نفسها غير معتبرة
في حق الجارية من عدم صحة الدعوى والنكول بنى على صحة الدعوى **قوله** وبهذا القدر يعرف
ما ذكرناه في كفاية المنتهي من الوجوه الباقية وهي ما اذا اتفقوا على ان ولادة الغلام او اختلفوا
على ان ولادة الجارية اولا فلا يعتق احد في الثاني ويعتق كل الام والجارية في الاول وبها تتم
الاوجه للمسئلة ستة **فرع** في المحيط لو قال ان كان كل ولد تلدينه غلاما فانت
حر وان كان جارية ثم غلاما فهما حران فولدت غلاما وجارتين ولا يعلم الاول عتق نصف
الام ونصف الغلام وربع كل واحدة من الجارتين اما الام فلانها تعتق في حال دون حال وهو
رواية وفي عامة الروايات يجب ان يعتق تلثاها لانها تعتق في حال وترق في حالين بان كانت
ولادة احدى الجاريتين اولا واما الغلام فانه يعتق في حال بان ولدت احدى الجاريتين اولا
وترق في حال بان ولدت الغلام اولا واما الجاريتان فيعتق من كل واحدة في عامة الروايات لان
اصابة الحرية بجهتين متعذر وان التخصيص اذا عتق تبعا للام لا يتصور ان يعتق بعتق نفسه ومتى عتق
بعتق نفسه لا يعتق تبعا للام فلا بد من الفاء احدى الجهتين والغينا اصابة العتق من جهة الام اعتبارا

الاصابة بعتق انفسهما لانها اقل وهو المتيقن فان كانت ولادة الغلام اولا يعتقان بعتق انفسهما
وان كانت ولادة الجارية اولا تعتق الاخيرة بعتق نفسها فثبت لها حرية في حال دون حال فيثبت
نصف بينهما وقال ابو عصمة ينبغي ان يعتق من كل ثلاثة ارباعها لان الغلام لو كان اولا تعتق
الام فتعتق الجاريتان بعتقها ولو كانت احدى الجاريتين اولا تعتق الغلام فتعتق الجارية الاولى
والاخرى رقيقة فكان لها عتق ونصف بينهما واختار شمس الائمة قول ابي عصمة وقال هو الذي
يوافق ما تقدم **قوله** واذا شهد رجلان على رجل انه اعتق احد عبديه فالشهادة باطلة عند
ابي حنيفة الا ان يكون في وصية استحسانا ذكره في العتاق اي عتاق الاصل فان شهد انه اعتق
احد عبديه في مرضه او شهد ابنا ببيع احدهما مطلقا في صحته او مرضه لان الذي بيع حيث وقع
كان وصية وعندهما يقبل ويؤمر بتعيين عتق احدهما وهو قول الشافعي ومالك واحمد رحمه الله تعالى
قوله واصل هذا اي اصل هذا الخلاف ان الشهادة على عتق العبد لا تقبل عند ابي حنيفة من غير دعوى
العبد مطلقا لانها في حرية الاصل وهي حرية العارضة على ما هو الصحيح خلافا لما قاله رشيد الدين ان
الدعوى عنده ليست شرطا في حرية الاصل بل في المعارضة فقط وعندهما تقبل بلا دعوى والشهادة
على عتق الامة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق وان انكرت الامة العتق يثبت
لها انكارها ويعتق لانها متهمة وكذا على طلاق احدى النساء مقبولة من غير دعوى بالاتفاق
وان انكرت ويجبر على ان يوقع على احداهن **قوله** والمسئلة معروفة وجه قولهم ان المشهود
به وهو العتق حق الشرع اذ يتعلق به تكميل الحدود ووجوب الجمعة والجهاد والزكاة ويصح
نذره وحلفه به ولهذا لا يحتاج الى قبول ولا يرتد اقرار السيد بحرية العبد يرد العبد ويبطل
بالتناقض حتى لو اقر بالرق ثم ادعى حرية الاصل واقام البينة تقبل ولو كانت الدعوى شرطا
لمنع التناقض يبطل صحة الدعوى وانما لا يكفي بشهادة الواحد لانه وان كان امر دينيا
يتضمن ازالة ملك العبد وابطال مالية ماله فلذا شرط في الشهادة عليه اثنان ولابي
حنيفة رحمه الله ان العتق اما زوال الملك المستلزم لثبوت التوم من مالكيته او هو نفسه وكلا
الامرين حق العبد لانه المنتفع به على الخصوص ثم بعد ذلك يثبت ما ذكر من حقوقه تعالى
ثمرات لهذا الثبوت فصح كونه حقه على الخصوص في الحقيقة والثبوت اللازم للابعد الملزوم
واذا كان المستلزم حقه لا يثبت الا بدعواه ولا يخفى انه يرد على هذا عتق الامة لانه يتال
حرمة فرجها التي هي حقه تعالى يثبت بعد ثبوت حقها من العتق فوجب ان يشترط دعواها
فان قيل العرف انها متهمة لرغبتها في صحبة مولاها حتى يقول لو كان العبد ايضا متهما قبل
بلا دعواه بان لزمه حد قذف او قصاص في طرف حتى لو انكر العتق لا يلتفت الى انكاره قلنا
بغرض الكلام فيما اذا لم تنكر ولكنها سكتت لعدم علمها بحريتها ثم قد يمنع ما ذكر كون الثابت بالعتق
او لا ما هو حق العبد مستلزما لحق الله تعالى في اشتراط الدعوى لانه اذا ثبت استلزامه
لحق الله تعالى ثبت حكمه من عدم اشتراط الدعوى سواء ثبت ولا او ثانيا فان حول التقدير
فلذا العتق يتضمن حق العبد وحق الله سبحانه اما حقه سبحانه فما ذكرنا ثم وامّا حق العبد فانه
يصير به مالكا لاكسابه فيتمكن من اقامته مصالحه وتثبت ولايته من نشاد قوله في الشهادة
وانكاح بنته وحصول الميراث له اذا مات قريبه فهو ما فيه من حق العبد يحتاج الى الدعوى
ان لم يحتج الى دعوى بما فيه من حق الله تعالى على الاستدلال بعدم الارتداد بالرد وعدم التوقف
على قبوله لا يستلزم كونه حق الله سبحانه خالصا الا يرى ان العفو عن القصاص وابراء الكفيل
من حقوق العباد ولا يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول وكذا التناقض فان عدم منعه لخفاء حق
الاصل وحريته كما في دعوى النسب ولو لم يكن ذلك قلنا اجتمع في العتق حقان فلحق الله قلنا

منع الناقض في حرية الاصل والحرية العارضة وحق العبد شرطنا الدعوي والشاهدين
ورد عليه ايضا عتق الامة فان فيها الحقين فيجب الدعوي والشاهد والشاهدان لحق العبد ولا يمنع
الناقض لحق الله سبحانه وايضا اذا كان بما تضمنه من حق العبد يحتاج الى الدعوي وانما يتعارضان لانه
اذا وقعت الشهادة بلا دعوي في حق الله تعالى اقتضى وجوب ترتيب مقتضاها والاخر يقتضي الاثبات
بل الحق ان المنظور اليه اجتماع الحقين وتعارض مقتضاها فنرجح ما ثبت شرعا الاحتياط في امره وتوكيده
وامر الفروج محتاط فيه فالاحتياط ان لا يتوقف اثباته بعد الشهادة على شئ اخر بخلاف ما لم يثبت فيه مثل
فلذا وقع الفرق عند من عتق الامة والطلاق وبين عتق العبد لان حقه سبحانه الثابت وهو حرمة الاسترقاق
المقتضي لنفي الدعوي ليس من الشدة بحيث يجب ان يثبت بلا دعوي وهما يقولان جميع حقوق الله تعالى
يجب ان تثبت بلا دعوي لانه تعالى هو الخصم فاذا العبد اقام شاهدا يقتضي شهادته دعواه واما حق العبد
فان اعتبر ثبوته الى الدعوي فقد انتصب النايب عن الله تعالى في ايفاء عنه وهذا القدر يحصل به المقصود
فان المثبت في الحقيقة ليس الا الشهادة وانما يبقى فيه ما لو انكر العبد العتق ولا تهمة وحينئذ يجب الترجيح
ويترجح حقه تعالى ولا يقال المقرر ترجح حق العبد لانا نقول ذلك عند التعارض بان كان ثبوت احدهما
ينتفي معه الاخر وهنا يثبت حق العبد مع حق الله تعالى بل اذا اثبتنا حق الله تعالى كان اثباتا لحق العبد
سابقا عليه وانما فيه انه يثبت على ذمة **قوله** واذا كان دعوي العبد شرطا عنده لا يتحقق في مسئلة
الكتاب اي الجامع الصغير وهي ما اذا شهدا انه اعتق احد عبديه لانه عتق لمجهول والدعوي من المجهول
لا تتحقق من المعين فتنتفي المطابقة بين الدعوي والبينة وعندهما ليس شرطا مطلقا فتقبل ويجبر
على تعيين احدهما **قوله** ولو شهدا انه اعتق احدى امتيه الى اخره جواب عما قد يقال اذا كان
الدعوي ليس بشرط عنده في الشهادة على عتق الامة فينبغي ان تقبل على عتق احدى امتيه والواقع
انها لا تقبل عنده اجاب بانه انما لا تشترط الدعوي في الشهادة على عتق الامة المعينة لما فيه من تحريم
فرجها على مولاها وهو حق الله تعالى فشابه الطلاق وفيه لا يشترط للشهادة به الدعوي لذلك فكذا
هذا والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما ذكرناه فانتفى المسقط فيه وصار كالشهادة على عتق
احد العبدين فان قيل لو كانت علة سقوط الدعوي في عتق الامة تحريم فرجها على المعتق لشرط
في عتق الامة المجوسيه والتي هي اخته من الرضاع وفي الشهادة على الطلاق الرجعي ان الشهادة
بذلك لم تتضمن تحريم فرجها لحرمته في الاولين قبل الشهادة وحلها في الرجعي بعدها فالجواب
انه يثبت بالشهادة بعتقها نوع اخر من التحريم فان وطئ الاخت من الرضاع المملوكة ليس بزنى
حتى لا يلزمه الحد بوطئها قبل عتقها وبعده يلزمه والطلاق الرجعي ينعقد به سبب حرمة فرجها
فاثبت تحريما موجلا بانقضاء العدة واما الامة المجوسيه فينبغي ان يشترط الدعوي عنده وما
قيل ان وطئها مملوك له وانما منع منه عينها كالحايض فبان الشهادة تمنع ذلك الوطئ فيها فيه
وهذا كله اذا شهدا بعتق احد العبدين في صحته اما اذا شهدا انه اعتق احد عبديه في مرض
موته او شهدا على تدبيره في صحته في مرضه لتكون شهادتها بعتق هو وصيه وهو المستثنى
في اول المسئلة وقد مناان التدبير حيث ما وقع يكون وصيه معتبرا من الثلث ولو في حال
الصحة وسواء كان شهادتها بهذه الوصية في مرض موته او بعد وفاته يقبل استحسانا لان عدم
القبول فيما تقدم عنده لعدم خصم معلوم فلا يتصور الدعوي واذا كان وصيه فالخصم فيها هو
الموصي لان تنفيذ الوصية من حقوق الموصي فهو الخصم المدعى فيها وهو معلوم وعنه نايب
معلوم هو الوصي او الوارث بخلاف حالة الحياة فان الخصم في اثبات العتق ليس هو السيد
لانكاره بل هو العبد وهو مجهول ووجه اخر للاستحسان وهو ان الخصم بعد الموت في العتق
لو لم يكن الوصي كان كلا من العبدين وهما معينان وفي حالة الحياة لا خصم منهما لانه ايعتق

منهما شئ والعتق المبهم بخلاف ما اذا مات المولى قبل البيان فان العتق حينئذ يشيع فيهما فيعتق
من كل نفسه على ما عرف فيمن اعتق احد عبديه ومات قبل البيان فيكون كل منهما حفظا معلوما لا يخفى ان
المراد بالخصم هنا من تكون الشهادة على وفق دعواه ولا تقام البينة الا على منكر فغرض بعض الشارحين
ان تكون الورثة منكرين فعلى هذا يكون قوله وعنه خلف وهو الوصي او وارثه يعني الوصي
ان كان الورثة منكرين او الورثة ان كان الوصي منكرا فقبل فيشكل ما لو كان كل من الوصي والوارث
منكرا اذ لا تبطل البينة لانها شهادة بوصية وليس واحد منهم خلفا ولا مخاصما الا باعتبار جعل
الميت مدعيا تقديرا وايضا قوله واذا الشهادة في مرض موته الى اخره يفيد انها تقبل في حياته
وانت علمت ان قبولها بعد موته باعتبارها وصية لاعتباره مدعيا وعدم قبولها قبل موته لان
المدعي العبد ان وهما غير من اثبت فيه العتق اعني المبهم والحاصل ان انزاله مدعيا لا يكون الا بعد
موته واما قبل موته فهو منكر ولهذا احتيج الى الشهادة وردت لعدم المدعي والمخاصم
الا بتقييده بما اذا كان المريض قد صمت حال اداء الشهادة واستمر لذلك حتى مات وعلى هذا
يجب ان يوخر القضاء بهذه الشهادة الى ان يموت فيقضي لا ولا يحتاج الى اعادتها او يعتبر
فيطلق لسانه فيرد لعدم الخصم المدعي **قوله** ولو شهدا بعد موته انه قال في صحته احدكما حر رواية
فيه عن ابي حنيفة واختلف المشايخ فيه تفريعا على قوله فقيل لا يقبل لانه ليس بوصية لاسنادها
العتق المنجز الى حالة الصحة فلا يكون الميت مدعيا تقديرا وقيل يقبل لان العتق شاع بعد الموت فيصح
وهو الذي ذكرنا وصحح في الجامع الصغير قبوله قال في الجواز ان يكون الحكم معلوقا
بعلتين يتعدى باحداهما وتبعه الكاكي وقال هو الاصح وقيل ان يقول بشيوع العتق الذي هو
مبنى صحة كون العبدين مدعيين يتوقف على ثبوت قوله احدكما حر له الى الشهادة وصحة متوقف
على الدعوي الصحيحة من الخصم فصار ثبوت بشيوع العتق متوقفا على ثبوت الشهادة فلو
اثبتت الشهادة بصحة حضورها وهي متوقفة على ثبوت العتق فيها شايا لزم الدور واذا
لم يتم وجه ثبوت العتق من الشهادة على قوله لزم ترجح القول بعدم قبولها وعلى هذا يبطل الوجه
الثاني من وجهي الاستحسان في المسئلة التي قبل هذه **فروع** شهدا انه حر دامته
بعينها وسماها فنسيا اسمها لا يقبل لانهما لم يشهدا بما تحملاه وهو عتق معلومة بل مجهولة وكذا
الشهادة على طلاق احدي زوجتيه وسماها فنسياها وعند زفر تقبل ويجبر على البيان
ويجب ان يكون قولها كقول زفر في هذه لانها شهادة بتهما على عتق احدي امتيه وطلاق احدي
زوجتيه ولو شهدا انه اعتق عبده سالما ولا يعرفون سالما وله عبد واحد اسمه سالم عتق
لانه كان معينا لما اوجبه ولكون الشهود لا يعرفون عين المسمى لا يمنع قبول شهادتهم كما ان
القاضي يقضي بالعتق بهذه الشهادة وهو لا يعرف العبد بخلاف ما لو شهدا ببيعه ولو كان
له عبدان كل واحد اسمه سالم والمولى يجحد لم يعتق واحد منهما في قول ابي حنيفة لانه لا بد من
الدعوي لقبول هذه الشهادة عنده ولا يتحقق هنا من الشهود له لانه غير معين منهما فصارت
كمسئلة الكتاب الخلافية وهذا افضل في الشهادة على العتق اذا ادعى العبد العتق واقام شاهد
الا محال بينه وبين المولى وفي الامة اذا قالت شاهدي الاخر حاضر ثمة لا ولو اقام العبد
شاهدين ان كان المولى يخوف على العبد حبل بينهما حتى ينظر في امر الشهود وان الحجة
تمت ظاهرا حتى لو قضي بشهادتهما نفذ فتثبت به الحيلولة احتياطا بخلاف ما اذا اقام
شاهدا واحدا شهد ابعتق عبد واختلفوا في الوقت اذا المكان اذا اللفظ او اللغة
او شهد احدهما انه اعتقه والاخر انه اقر انه اعتقه فالشهادة جايزة لان العتق يتولد
يعاد ويكرر فلا يلزم اختلاف الشهود به باختلاف الشهادة فيما ذكرنا بخلاف ما لو شهد

احدهما انه اعتقه والاخر انه وهبه نفسه لاختلاف المشهود به وضعا لان الهبة تمليك والاعتاق
احداث العتق او ازالة الملك كذا في المبسوط فيحمل ما ذكر قبله من ان اختلافهما في اللفظ لا يمنع على
ما اذا كان مؤدى اللفظين واحدا وضعا لا يخفى ان التعليل الذي علل به لقبولها عند الاختلاف
لفظا من ان العتق لفظ يعاد ويكرر يقتضي انهما اذا اختلفا في انه اعتقه او وهبه لنفسه انه يقبل
ولو اختلفا في الشرط الذي علق به العتق فاحدهما جعله كلام زيد والاخر الدخول مثلا وقال المولى
كلام فلان فانما فعل فهو حر لثبوت الدخول شرطا بالشهادة والكلام بقول المولى ولو شهد
احدهما انه اعتقه بجعل والاخر بغير جعل لم تجز ان العتق بجعل يخالف العتق بغير جعل في الاحكام
وكذا لو اختلفا في مقدار الجعل والمولى منكر الجعل سواء ادعى العبد اقل المالين او اكثرهما ولو كان
المولى يدعي اقل المالين والعبد منكر عتق للاخرار المولى بحريته والشيء عليه كذا به احد شاهديه
وهو الذي يشهد له بالاكثر وان ادعى العتق بالف وخمسمائة واحدهما يشهد والاخر بالف وخمسمائة
قضي عليه بالف لان الشهادة بها تقوم مناجزة العتق لان العبد عتق باقرار المولى وانما يقوم على المال
ومن ادعى الف وخمسمائة وشهد له شاهد بالف والاخر بالف وخمسمائة يقضي بالف لاتفاقهما
على الف لفظا ومعنى بخلاف الالف والالفين كما سيأتي في الشهادات ولو شهدا انه اعتقه ان كلم
زيدا والاخر ان دخل فانهما فعل عتق لثبوت كل من التعليقين بحجة تامة ولو تعارضت بينتا
العبد والمولى في مقدار ما اعتقه رجحت بينة المولى لاثباتها الزيادة بخلاف ما لو اقام العبد
البينة على انه قال ان اديت الي الفا فانت حر وانه اداها واقام المولى انه انما قاله اذا اديت
الي الفين اخره فالعبد حر لاسبق عليه لانه اثبت بينته تعجيز الحرية فيه ولو اقام العبد بينة
انه باعه نفسه بالف واقام المولى انه باعه نفسه بالفين كانت البينة بينة المولى لان العتق يتجزأ
بالقبول فكان اثبات الزيادة في بينة المولى فالقول في الاصل ولو باعه نفسه بالف فاداها من
مال المولى كان حرا وللمولى ان يرجع عليه بمثلها قال في المبسوط العتق هنا حصل بالقبول لا داء المال
وانما تحقق هذا الفصل فيما اذا علقه بالاداء لان نزول العتق بوجود الشرط وقد وجد وان كان المؤدى
مسروقا او مغصوبا من المولى ثم رد هذا المال على المولى كان مستحقا عليه فيتبع من الوجه المستحق
في الحكم ويكون لمن ان يرجع عليه بمثله واذا رجع شهود العتق بعد القضاء به لم يبطل العتق لانهما لا يصدقان
في ابطال الحكم ولا في ابطال حق العبد ولكنهما يضمنان قيمة ما اتلفا من ماليته على المولى اذ قد
اقرا بالرجوع انهما اتلفا ماليته على المولى بغير حق ولو ضمنا ثم قامت بينة غيرهم بان المولى كان
اعتقه ان يشهدوا انه اعتقه بعد شهادة هؤلاء لم يسقط عنهم الضمان بالاتفاق لانهم شهدوا
بما هو لغو وعتق بقضاء القاضي والعتق لا يعتق وان شهدوا انه اعتقه قبل شهادتهم لم ترجع
بما ضمنوا عند ابي حنيفة وفي قول ابي يوسف ومحمد يرجعون على المولى بما ضمنوا وهذا بناء على ما بينا
ان عند قيام الشهادة على عتق العبد تقبل من غير دعوى فتثبت بشهادة الفريق الثاني حرية
العبد من الوقت الذي شهدوا به وان لم يكن ثم مدع لذلك ويتبين به ان الفريق الاول
لم يتلفوا على المولى شيئا بشهادتهم وانه اخذهم لغير حق وعند محمد لا يقبل بلا دعوى والمدعي
لما شهد به الفريق الثاني فان العبد حر بحريته فلا يمكنه ان يدعي العتق والله تعالى اعلم

باب الحلف بالعتق

الحلف بالكسر مصدر حلف يحلف سمعي وقد جاء مصدر
آخر اعني حلفا بالاسكان يقال حلف حلفا وحلفا وندخله التاء للمرة كقولهم لغزدق على حلفة
لا تتم الدهر مسلما * والحالف من في زور كلامه * وقال امرؤ القيس * حلفت لها بالله حلفة فاجر *
لناموا فما ان من حديث ولا صال * والمراد بالحلف بالعتق تعليقه بشرط ولما كان المعلق
قاصرا في السببية على المنجز قدمه عليه ولما هو ي المصنف على ان يورد التصرف الذي يصح

تعليقه

تعليقه الحلف به كما فعل في الطلاق ولم يضم الكل الى كتاب الايمان ليكون اضبط لاحكام التصرف
الواحد حيث يجتمع في بابه وتتفرق احكامه في الابواب او الى العتق الحلف به واعلم
ان بعض من لا يجيز تعليق الطلاق بالملك قبل الملك اجاز في العتق وروي ذلك عن احمد رحمه الله
للعرف بان الشارع متشوف الى العتق دون الطلاق وعندنا المصحح مطرد فيهما **قوله**
ومن قال اذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حر وليس له مملوك فاشترى مملوكا ثم
دخل عتق ايا ذلك المملوك الذي اشتراه ولما كان عتق غير المملوك لا يكون بكلام قبل الملك الا ان
يكون اضافة الى المملوك قرره ليرد عليه بقوله لان التنوين في يومئذ عوض عن الجملة
المضاف اليها لفظ اذ تقديره اذ دخلت ولفظ يوم ظرف لمملوك فكان التقدير كل من يكون في
ملكي يوم الدخول حر وهذا في الحقيقة اضافة عتق المملوك يوم الدخول الى يوم الدخول
والمملوك لا يكون الا مملوكا فصار كانه قال ان ملكت مملوكا وقت الدخول فهو حر وهو يصدق
بملك قبل الدخول بقارن بقاءه الدخول فكان اضافة العتق الى الملك الموجود عند الدخول بمعنى
بخلاف قوله لعبد لغيره ان دخلت فانت حر فاشتراه فدخل لا يعتق لانه لم يضف العتق الى ملك
اصر بحا ولا معنى وعدول المصنف الى لفظ وقت عن لفظ يوم في قوله فكان المعتبر قيام الملك
وقت الدخول بيد ان لفظ اليوم مراد به الوقت حتى لو دخل ليلا عتق ما في ملكه لانه اضيف
الى فعل لا يمتد وهو الدخول وان كان في اللفظ انا اضيف الى ذلك اذ المضاف له للدخول لكن
معنى غير ملاحظ والا كان المراد يوم وقت الدخول وهو ان كان يمكن على معنى يوم الوقت الذي
فيه الدخول تقييد اليوم به لكن اذا اريد به مطلق الوقت يصير المعنى وقت وقت الدخول
ونحن نعلم مثله كثيرا من الاستعمال الفصيح في نحو ويومئذ يفرح المؤمنون فانه لا يلاحظ فيه
وقت وقت يغلبون يفرح المؤمنون واليوم وقت يغلبون يعزهون ونظائره كثيرة في
كتاب الله وغيره فعرف ان لفظ اذ لم يذكر الا تكثيرا للعوض عن الجملة المحذوفة اوعادا له
اعني التنوين لكونه حرفا واحدا ساكنا تحسينا ولم يلاحظ معناها ومثله كثير في اقوال اهل
العربية في بعض الالفاظ التي يخفى على من له نظر فيها ولذا لو كان في ملكه عبد حين حلف فبقي
في ملكه حتى دخل يعتق لما قلنا وفي بعض النسخ لما بينا اي من ان المعتبر قيام الملك وقت الدخول
لا وقت التكلم **قوله** ولو لم يكن قال في يمينه يومئذ بل قال اذا دخلت فكل مملوك لي حر
لا يعتق ما اشتراه بعد التكلم بل الذي كان في ملكه وقت التكلم ووجهه المصنف بقوله
لان قوله كل مملوك لي مختص بالحال والجزاء حرية للمملوك في الحال يتعلق في الحال بمملوك
اي المملوك في الحال حريته هي الجزاء لما دخل الشرط عليه تاخرت الى وجود الشرط فيعتق
عند الشرط من كان مملوكا عند التكلم ووجه كون كل مملوك لي حالا ان المختار في الوصف
من اسم الفاعل والمفعول ان معناه فالم حال التكلم بمن نسب اليه على وجه قياما معنويا وقيوما
عليه واللام للاختصاص اي لاختصاص من حرت معنى متعلقها اليه به اي بمعنى المتعلق
وهو مملوك فلزم من التركيب اختصاص المتكلم بالمتصف بالمملوكية للحال وهي اثر ملكه فلزم
قيام ملكه في الحال ضرورة اتصافه باثرها في الحال والا ثبت الاثر بلا موثر هذا ويعتق
بقول القائل كل مملوك لي حر الجبيد ولو مرهونا كان او موجرا ان كن حوامل
او امهات اولاده والمدبرون واولادهم ولا يدخل المكاتبون لانهم لا يملكون من وجه
اذ هو حر بدليل ولو نوى الذكور فقط لم يصدق في القضاء لانه خلاف الظاهر في عرف الاستعمال
ويصدق ديانة مع ان طائفة من الاصوليين على ان جمع الذكور يعم النساء حقيقة وصفا ولا يدخل
المملوك والمشترك والخنثى الا ان يعينهم ولا عبيد عبد التاجر وهو قول ابي يوسف الا ان يريدهم

وسواء كان على العبد دين او لا وفي قول محمد يعتقون نواهم او لا عليه دين او لا وعلى قول ابي حنيفة
ان لم يكن عليه دين عتق اذا نواهم والا فلا وان كان عليه دين لم يعتقوا ولو نواهم ولو قال
عنيت ما يستقبل عتق ما كان في ملكه وما سيملكه اذا ملكه لانه قصد تعيين ما يدل عليه ظاهر
لفظه فلم تعتبر نيته في ابطال حكم الظاهر واعتبرنا اعترافه لانبات العتق فيما يستقبل ولا
يخفى ان التعليل يرشد الى ان عتق ما هو في ملكه مع هذه النية انما هو في القضاء وفي الديانة
قال مما يلي كلم احرار دون نوي الرجال دون التسالم يذكر وقالوا لا يصدق ديانة بخلاف قوله
كل مملوك لي ونوي التخصيص يصدق ديانة انتهى فان قلت ما الفرق وفي الوجهين هو تخصيص
العام فالجواب ان كلم تاكيد للعام قبله وهو ما يلي لانه جمع مضاف فيعم وهو يرفع احتمال المجاز
غالبا والتخصيص يوجب المجاز فلا يجوز بخلاف كل مملوك لي فان الثابت به اصل العموم فقط فيقبل
التخصيص **قوله** ومن قال كل مملوك لي ذكر فهو حر وله جارية حامل فولدت ذكرا لم يعتق سواء
ولدته لستة اشهر من وقت القول او اقل اما اذا ولدته لستة فلان اللفظ اي لفظ كل مملوك لي
للحال على ما بيناه من وجهه وفي قيام الحمل حال التكلم احتمال الوجود تمام مدة الحمل بعده فجاز ان لا يكون
قائما عنده فلا يعتق مع هذا الاحتمال ولم يقل لا يعتق بالشك لانه لا شك ان الظاهر ان مدة الحمل
لا تكون اكثر من ستة اشهر واما اذا ولدته لاقل من ستة اشهر فلان التيقن بوجوده
حال التكلم وان كان قائما لكن لفظ المملوك المطلق انما ينصرف لما له صالة ولاستقلال
والحمل مملوك تبعا لامه كعضو من اعضائها حتى تنتقل بانتقالها وتتغذى بغذائها كما يتغذى العضو
به ولهذا لا يملك بيعه منفردا بل تبعا لحامله والدليل انه لم يعتبر في الشرع نفسا مملوكة انه
لا يجزي عن الكفارة ولا يجب صدقة فطره قال المصنف رحمه الله وفائدة التقييد بالمذكورة
انه لو قال كل مملوك ولم يقل ذكر تدخل الانثى فتعتق حملها تبعا وهذا انما يدل على ان
لفظة مملوك اما لذات متصفة بالمملوكية وقيد التذكير ليس جزء المفهوم وان كان التانيث
جزء مفهوم مملوكة فيكون مملوك اعم من مملوكة فالتانيث فيه عدم الدلالة على التانيث
لا الدلالة على عدم التانيث واما ان الاستعمال استمر فيه على الاعمية فوجب اعتبار ذلك
قوله وان قال كل مملوك املكه حر بعد غد يعني ان بعد غد ظرف لحر لا لملكه او قال كل مملوك
لي حر فهو حر بعد غد وله مملوك في الصورتين فاشترى اخر ثم جاء بعد غد عتق الذي كان
في ملكه يوم حلف دون المشتري ولفظ بعد غد بالرفع لانه فاعل لجاء لا ظرف ووجهه ان كل
مملوك تقدم انه للحال وكذا لفظ املك للحال حقيقة تقال انا املك كذا فيتبادر منه الحال
والتبادر دليل الحقيقة ولذا يستعمل فيه من غير قرينة وفي الاستقبال بقرينة السين
وسوف وغيرهما كما سنادة الى متوقع وافتضايه طلبا على ما عرف في النحو وهذا احد المذاهب
اهل العربية وقيل بالعكس وعليه مشى في المحيط حيث قال املك وان كان حقيقة في الاستقبال
الا انه صار للحال شرعا كما في الشهادة وعرفا يقال املك كذا ادعا فكان كالحقيقة في الحال
والمذهب الثالث انه مشترك للحال والاستقبال وهو الذي اورده بعض الشارحين على
كلام المصنف ظنا ان مذهب النحاة ليس الا انه مشترك وهو ظاهر مذهب سيبويه وانجي
منه جواب من رام دفع عن المصنف بان قول المصنف انه للحال لا دليل على انه للاستقبال
ليس حقيقة لان المشترك حقيقة في المعنيين انتهى فترك النظر الى قول المصنف ولذا يستعمل
له بغير قرينة وفي الاستقبال بقرينة وهذا صريح في انه في الاستقبال مجاز لانه فهو
المشروط بالعدة بل الجواب ما ذكرنا ان الاشتراك ليس مذهب كل النحاة بل المذاهب
ثلاثة وما اختاره المصنف من انه لا يراد الاستقبال الا بقرينة كما ذكرنا كلان الحال واما

اختيار

اختار عكسه كما في المحيط فورد عليه ان الحقيقة المستعملة اولى من المجاز المتعارف عند ابي حنيفة
فكان ينبغي ان يكون الجواب هذه على خلاف المذكور واما تقريره فغاية ما وجه به ان تعين
الحال بغلبة الاستعمال عند عدم القرينة اي المعينة لاحد المفهومين الحقيقيين بخلاف نحو اسافر
واتزوج فانه محفوف بقرينة الاستقبال وهي المشاهدة واذا ثبت انه يراد به الحال
على اختلاف التخريج كان الجزاء حرية عبد مملوك في الحال مضافا فيما بعد الغد فلا يعتق
المملوك بعد الحال **قوله** ولو قال كل مملوك املكه او كل مملوك لي حر بعد موتي وله مملوك
فاشترى اخر ثم مات فالذي كان عنده مدبر مطلق لا يصح بيعه بعد هذا القول والذي
اشتراه لين مدبر مطلق بل مدبر مقيد حتى جاز بيعه ولو لم يبعه حتى مات عتقا جميعا
من الثلث ان خرجا منه عتق جميع كل منهما وان ضاق عنهما يضرب كل منهما بقيمته فيه وهذا
ظاهر المذهب عن الكل وعن ابي يوسف في النوادر انه لا يعتق ما استفاد بعد يمينه وانما
يعتق ما كان في ملكه يوم حلف وكذا اذا قال كل مملوك لي اذا مت فهو حر وهذا لان اللفظ
حقيقة للحال على ما بيناه من ان المضارع للحال وكذا الوصف فلا يعتق به ما سيملكه
ولهذا صار الكاين به في ملكه حال التكلم مدبرا في الحال دون الاخر وبهذا الوجه طعن
عيسى بن ابان في جواب المسالة واوجب المروي عن ابي يوسف وايضا لو لم يرد به
الحال فقط فاما ان يراد كل منه ومن المملوك في المستقبل فيلزم اما تعميم المشترك او استعماله
في حقيقته ومجازه ثم يلزم تدبير كل منهما ذاك في الحال والمستحدث عند ملكه لانه
حينئذ في المعنى كل مملوك لي او سا ملكه مدبر او كذا اذا اريد باللفظ المجتمع في الملك
عند الموت وهو عموم المجاز كما ذهب اليه محمد رحمه الله فيعتق قال كل مملوك املكه غدا فهو
حر والنية له عتق ما اجتمع في ملكه غدا ممن كان مملوكا له حال التكلم او ملكه لي عند تدبير مطلقا
على قول محمد كما لو قال كل مدبر كان في ملكي عند الموت مدبر وهو منتف او يراد المستقبل
فقط كما لو قال كل مملوك املكه لي سنة او شهرا ولي ان اموت او ابدا لزم الا يعتق ما كان
في ملكه ولا يصير مدبرا وهو منتف فبطلت الاقسام فتعين الاول وهو ان يعتق الكاين
في ملكه وقت التكلم فقط ولازمه ما ذكرنا وعرف من هذا ان صور التراكيب ثلاثة اقسام
ما بيناه وحال الحال فقط اتفاقا وهو كل مملوك املكه او كل مملوك لي حر والنية له فهو على
ما في ملكه يوم قاله ولا يعتق ما يستقبل ملكه وما بيناه وله المستقبل لا غير اتفاقا وهو
كل مملوك املكه غدا في قول محمد فيعتق في الغد ما كان في ملكه والمستحدث خلافا لابي يوسف
وقول محمد اقيس بمسالة يوميد قليل تامل **قوله** ولما ان هذا اي مجموع التركيب
لا لفظ املكه فقط كما في بعض الشروح اجاب عتق واضافا ان حامل التدبير اجاب للعتق
مضافا الى ما بعد الموت وهذا هو الايضا به فوجب ان يعمل بمقتضى كل من الايجاب
والايقاعين اللذين هما معنى التدبير ومقتضى ايجاب عتق ما يملكه وقوعه في الحامل
في الملك حال التكلم ثم هو مضاف الى الموت فكان تدبيرا مطلقا فلا يجوز بيعه ومقتضى
الوصية بما يملكه دخول ما في الحالة الراهنة اي الحابسة لما فيها والرهن للحبس وزمن
الحال هو الحابس لما فيه دون ما قبله وما بعده ودخول ما في الحالة المنتظرة ايضا للاتفاق
على انه لو اوصى بثلث ماله دخل المستحدث من المال بعد الوصية ولو اوصى لولد فلان ولا ولد له
فولد له بعد ذلك اولاد فاستحقوا الموصى به وانما المعتبر في الوصية دخول كل ما في
الحالين تحصيلا لغرض الميت من تحصيل الثواب والبر فيصير كانه قال عند الموت
كل عبد لي فيعتق ما دخل في ملكه قبل ذلك ومنه ما ملكه بعد فولد الصدر بخلاف قوله كل عبد املكه

غدا فهو حر ليس فيه الا جهة واحدة هي جهة الايجاب فلا يدخل الا الحاصل ولما كان هذا لا ينبغي استعمال
اللفظ في معنيين اعني لفظ املك وهو ممنوع عندنا اورده المصنف واجاب بان الممتنع بسبب
واحد بسببين وانت تعلم ان هذا قول للعراقيين غير مرضي في الاصول والا لم يمتنع الجمع مطلقا
ولم يتحقق ظلان فيه لان الجمع قط لا يكون الا باعتبارين وما بالنظر الى شيئين ولو سلمنا ان يقال
ان لفظه اوجب تقدير اذا كان وصية وهو ما قدرناه عند موته من قوله كل عبد لي حر فيعتق به
ما استحدث ملكه والموجب للتقدير ما ذكرنا من تحقق مقصود الوصية من الثواب والبر للاصحاب
وهذا الموجب لا يحتاج الى تقدم تقدير عند ملك العبد والا كان مدبرا مطلقا فانما يحتاج اليه عند
موته فلا يتعلق به عبارته عند ملكه الصريحة لانها لم تتناول الا الحال ولا المقدرة لتاخير
تقديرها الى ما قبل الموت فلا يكون مدبرا المطلقا والا تحد اد افعا للاشكال **فروع** من تعلق
العتق قال لعبده ان بعتك فانت حر فباعه لم يعتق لان نزول العتق المعلق بعد الشرط وبعد
البيع هو ليس بمملوك فلا يعتق الا ان يكون البيع فاسدا فيعتق لان الملك فيه بعد البيع باق
لا يزول الا بتسليمه الا ان يكون تسلمه قبل البيع فحينئذ يزول ملكه بنفس البيع فلا يعتق كذا
في المبسوط وحقيقة الوجه ان يقال وقت نزول العتق هو وقت زوال الملك لانهما معا يتعقبان
البيع فلا يثبت العتق في حال زوال الملك كما لا يثبت في حال تقرر زواله ولو قال لعبده ان دخلت
فانت حر فباعه فدخل ثم اشتراه فدخل لم يعتق لان اليمين انحلت بالدخول الاول في غير الملك
اذ ليس يلزم من انحلال اليمين بزوال الجزاء ولو لم يدخل بعد البيع حتى اشتراه فدخل عتق خلافا
للشافعي لعدم بطلان اليمين عندنا بزوال الملك ومثله في الطلاق ولو قال ان دخلت هاتين
الدارين فانت حر فباعه فدخل احداهما ثم اشتراه فدخل الاخرى عتق لان الشرط اذا كان مجموع
امرين كان الشرط وجود الملك عند اخرهما وبينا مثله في الطلاق ولو دخل احداهما قبل البيع والاخرى
بعد البيع ثم اشتراه لا يعتق لعدم الملك عند اخرهما وليس يلزم من كون الشرط مجموع امرين اعتراض
الشرط فلو قال اذا دخلت فانت حر اذا كلمت فلانا فباعه فدخل ثم اشتراه فكلم فلانا لم يعتق
لان شرط العتق ليس الا الكلام غير انه علق اليمين المنعقدة من شرط الكلام وجزاءه الذي
هو العتق بالدخول فالدخول شرط اليمين فيصير كانه قال عند الدخول الكائن في غير ملكه انت
حر اذا كلمت فلانا الان المعلق كالمنجز عند وجود الشرط واليمين لا ينعقد في غير ملكه فكلامه غير
موقع ولو قال ان دخلت فانت حر بعد موتي فباعه فدخل ثم اشتراه ومات لم يعتق لانه علق
التدبير بدخول الدار فيصير كالمنجز عنده وعنده لم يكن الملك قائما والتدبير انما يصح اذا في الملك
او مضافا اليه واذا لم يصح التدبير لم يعتق بموته ولو علق عتق عبد مشترك بينه وبين غيره ثم
اشترى باقيه فعتق ما علق عتقه عليه لم يعتق الا نصفه لانه انما ينزل المعلق والمعلق كان
عتق النصف والعتق يتجزى عند ابي حنيفة فيسعى في قيمة نصفه لسيده وعندهما يعتق كله
فلا يسعى ولو كان باع النصف الاول ثم اشترى نصف شريكه ثم دخل الدار لم يعتق منه شيء
لان المعلق النصف المبتاع لا المستحدث وقد وجد الشرط في غير ملكه ولو جمع بين عبده وما
لا يتبع فيه العتق من بيت او محجر او حمار وقال احدكما حر وقال هذا او هذا عتق عبد عند ابي
حنيفة وان لم ينو وقالا لا يعتق الا ان ينويه ومثله واصله مر في الطلاق وروى ابن سماعة
عن محمد انه اذا جمع بين عبد وبعوضة وقال احدكما حر عتق عبده لان كلامه انجاب الحرية
للجزم ولو قال هذا حر او هذا لم يعتق عبده لان هذا اللفظ ليس بايجاب لهما كقوله هذا حر او هذا
مسئلة في الشهادة على الشرط قال ان دخلت دار فلان فانت حر فشهد فلان واخر انه قد دخل
عتق لان الدخول فعل العبد وصاحب الدار في شهادته به غير متهم فصحت شهادته فلان مالو قال

ان كلمته فشهد هو واخر انه كلمه لم يعتق لان فلانا في هذه شاهد على فعل نفسه فلم يبق الا شاهد
واحد على الشرط ولو شهد ابنا فلان انه كلم ابا هما فان جحد الاب جازت شهادتهما لانهما على
ابيهما بالكلام وعلى انفسهما لوجود الشرط وان ادعاه ابوهما فعند ابي يوسف هي باطلة وعند
محمد جايزة لانه لا منفعة بالمشهود به لابيهما ومحمد يعتبر المنفعة لثبوت التهمة وابو يوسف
يعتبر مجرد الدعوى والانكار لان بشهادتهما يظهر ان صدقه فيما يدعيه وتقدم مثل هذا
في النكاح والله اعلم **باب العتق على جعل** اخر هذا الباب عن ابواب
العتق لعجزها ومعلقا كما اخر الخلع في الطلاق كان المال في هذين البابين من الاسقاط غير اصل
بل الاصل عدمه فاخر ما ليس باصل عما هو اصل والجعل ما يجعل للانسان على شيء يفعله وكذا
الجعيلة ويقال الجعالة ضبطها بالكسر في الصحاح وفي غيره من غريب الحديث للقتبي وديوان
الادب للفارابي بالفتح فيكون فيه وجهان **قوله** ومن اعتق عبده على مال فقبل العبد
عتق وذلك مثل ان يقول انت حر على الف درهم او بالف درهم او على ان لي عليك الفا او على الف
نؤديها او على ان تعطيني الفا او على ان تخيني بالف او بعتك نفسك بالف او وهبتكها على ان
تعوضني الفا فانه يعتق اذا قبل وانما يعتق بمجرد قبوله والمال للمولى لانه عتق على ملكه وهو موجب
للولاء بعوض وبلا عوض لانه معاوضة ومن حكم المعاوضات ثبوت الحكم بقبول العوض في الحال
كما في البيع وكما اذا طلقها على مال فقبلت وهذا لان المولى ثبت ملكه في العوض الكائن من جهة
العبد بقوله فيلزم زوال ملكه عن العوض والا اجتمع العوضان في ملكه حكما للمعاوضة وصار
كالبيع فيشترط القبول في مجلسه ذلك ان كان هاضرا وان كان غايبا اعتبر مجلس علمه فان قبل
عتق ولزمه المال دينا يطالب به بعد الحرية وان رده او اعرض ما بالقيام او باشتغاله بعمل
اخر بطل وليس له ان يقبل بعده واذا صار دينا على حر صحت الكفالة به وعليه ما ذكر في
الاصل او عتق امته على مال فولدت ثم ماتت ولم تترك شيئا فليس على الولد من ذلك المال
شيء كانه ليس على الوارث من دين المورث شيء ولو كانت اعطته في حياتها كفيلا بالمال
الذي اعتقها على جاز لانها حرة مديونة فلا يدل الكتابة لا تصح به الكفالة لانه دين ثبت
مع المنافي لثبوته بالشرع لضرورة حصول العتق للعبد والبدل للمولى فيتقدر بقدرها فلا
يتعدى الى الكفيل والمنافي هو الرق فانه ينبغي ان يكون للمولى على مرقوقه دين وان الكفالة
انما تصح بدين صحيح وهو ما لا يحوج المديون عنه الا بادا او ابرا ممن له وبدل الكتابة لسقط
بدونها بان عجز نفسه وكانه لا تصح الكفالة به حاز ان يستبدل به ما شاء بدليل انه دين لا
يستحق قبضه في المجلس فيجوز ان يستبدل به كالاثمان ولا خير فيه لشبهة ان الدين
بالدين حرام **قوله** والطلاق لفظ المال اي في قوله على مال ينتظم انواعه من النقد والمكيل
والموزون والعرض والحيوان وان كان بغير عينه بعد كونه معلوم الجنس كاية فغير خطه
وان لم يقبل جيده او صعيدية وكفرس او حمار او عبد كان الجهالة يسيرة فتحمل لانه معاوضة
مال بغير المال فشابه النكاح وعدل المنصف كونه معاوضة مال بمال ليس بمال بان العبد لا يملك
نفسه يعني الحاصل له في مقابلة المال ليس هو الا الان نفسه بالنسبة اليه ليس مالا لانه
مبقى على اصل الحرية بالنسبة الى نفسه حتى صح اقراره بالحدود والدين وان تاخر عنه
لما آخر حرية ولذا الخلع والصلح عن دم العمد وفيما يفتقر ذلك لما تقدم ويلزمه الوسط في
تسمية الحيوان والثوب بعد بيان جنسها من الفرس والحمار والعبد والثوب الهروي
ولو اتاه بالقيمة اجبر المولى على القبول لما في المشهور وهو مذهب مالك واحمد ولو لم يسم
الجنس بان قال على ثوب او حيوان او دابة فعتق ولزمه قيمة نفسه ولو ادى اليه

العبد او العرض فاستحق ان كان بعينه في العقد فعلى العبد مثله وقد علمت ان القيمة
في مثله مخلص وان كان معينا بان قال اعتقتك على هذا العبد او الثوب او بعتك نفسك
بهذه الجارية فقبل وعتق وسلمه فاستحق رجع على العبد بقيمة نفسه عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد يرجع بقيمة المستحق وعلى هذا الخلاف اذا هلك قبل التسليم واذا كان
الحكم انه لو اشترى شيئا بعبد الغير صح البيع فكذا هنا الا ان في البيع اذا لم يجز مالك العبد
يفسخ العقد وهنا لا يفسخ بعد نزول العتق بالقبول ولو اختلفا في المال جنسه او مقداره
بان قال المولى اعتقتك على عبد وقال العبد على كر حنطة او على الف وقال العبد على مائة فالقول
للعبد مع يمينه ولذا لو اقاما البينة بينة المولى اما على اثبات الزيادة او لانه يثبت حق نفسه ببينته
ولو كان هذا الاختلاف في مسئلة التعليق بالاداء هي التي تزلي هذه المسئلة اعني قوله ان ادیت
الي الفا فانت حر فالقول قول المولى مع يمينه لان التعليق بالشرط تم به فالقول قوله
في بيانه بخلاف ما قبل الاداء فان العبد عتق بالقبول فيكون الاختلاف بينهما في الدين الواجب عليه
اما هنا فلا يعتق الا بالاداء واما الاختلاف بينهما فيما يقع به العتق فكان القول للمولى وان
اقاما البينة فالبينة بينة العبد اذ الاضافة بين البينتين انه بجعل كان الامرين
كانا في الشرطين انا به العبد يعتق وان البينتين للالزام وفي بينة العبد مع الالزام
اثم فانما اذا قبلت عتق العبد بادا الخمس مائة وليس في بينة المولى الزام فانما اذا قبلت
يلزم العبد اداء المال هكذا ان عرف هاتين المسئلتين ولو قال المولى اعتقتك امس على الف
فلم تقبل وقال العبد قبلت فالقول قول المولى مع يمينه لانه اقر بتعليق العتق بقبوله المال
وهو يمين بالمولى ولهذا يتوقف بعد المجلس اذا كان العبد غائبا ثم العبد يدعي وجود الشرط
بقبوله وزوال ملك المولى به والمولى ينكر فالقول قوله كما لو قال له قلت لك امس انت
حر ان شئت فلم تشأ وقال العبد بل قد شئت فالقول قول المولى بخلاف قوله لغيره بعتك
هذا الثوب امس بالف فلم تقبل وقال الآخر بل قبلت القول للمشتري لانا لقابل اقر بالبيع
والتحق البيع بقبول المشتري فهو في قوله لم تقبل راجع عما اقر به **قوله** ولو علق عتقه
بادا المال صح وصار ماذونا وذلك مثل ان يقول ان ادیت الي الفا فانت حر ومعنى قولهم اي
التعليق فيستعقب مقتضاه وهو انه يعتق عند الاداء من غير ان يصير مكاتبا لعدم صريح
في تعليق العتق بالاداء وان كان فيه معنى المعاوضة في الاستحقاق على ما بين في خلافية زفر والحكاية
ليست صريحة في التعليق بل صريحة في عقد المعاوضة وصار العبد ماذونا ضرورة للحكم
المتدعى بصحة هذا التعليق واستغنى به اثار من العتق عند الاداء وذلك يقتضي ان يتملك
شيئا من الاكتساب وانه رغبه في الاكتساب حيث علق عتقه بادا المال وليستلذه
طلب المولى المال منه فيلزم ان يجعل ماذونا لان الموضوع للاكتساب في العادة وخصوصا عادة
المتحققين بصفة انهم موالي العبيد هو التجارة لا التكدي لانه حسة تلحق المولى عارها لكنه
لو اكتسب منه فادى عتق لوجود الشرط **قوله** وان احضر المال اجبره الحاكم على قبضه
وعتق العبد ومعنى الاجبار فيه وفي سائر الحقوق من ثمن المبيع وبدل الاجارة وغيرها ان ينزل
قابضا بالتخلية بينه وبينه بان يكون بحيث لو مد يده اخذه وعلى هذا فمعنى نسبة الاجبار
للحاكم ان يحكم بانه قد قبض هذا اذا كان العوض صحيحا اما لو كان حرا او مجهولا جهالة فاحشة
كما لو كان قال له ان ادیت الي كذا خمرا او خنزيرا فانت حر فادى ذلك لا يجبر على قولها اي لا ينزل
قابضا الا ان اخذه مختارا واما تقدم العتق في قوله ان ادیت الي الفا فجئت بها فانت حر لا يجبر على

القبول

القبول لان التعليق بشيئين المال والمجيء فلا يعتق بمجرد المال لبطلان معنى المعاوضة
وكذا ان كان قال ان ادیت الي الفا جئت بها فانت حر لا يجبر على القبول لان الاداء تمام الشرط والمجيء
وقع مشورة وقال زفر رحمه الله يجبر على القبول اي لا ينزل قابضا بالتخلية بل ان اخذه
كان قابضا وعتق العبد وقوله هو القياس لانه تصرف بثمن اذ هو تعليق العتق بالشرط
لغة وهذا لا يتوقف صحته على قبول العبد لاحتمال الفسخ واذا كان يمينا فلا اجبار
على مباشرة شروط الايمان لانه لا استحقاق قبل الشرط بل بالشرط ولا يجبر على ان
يباشر الانسان سببا يوجب عليه شيئا بخلاف الكتابة لانه عقد معاوضة ارفاق
والبدل فيها واجب على العبد فيجبر على قبضه واذا اتى به اما هنا البدل ليس واجبا على العبد
فلا يلزم المولى قبوله واعلم ان الكتابة قد تثبت بصيغة الشرط اذا حف بما يقتضيها
كقوله ان ادیت الي الفا كل شهر مائة فانت حر فانه يصير مكاتبا لا يجوز بيعه كذا ذكر
في الدراية مقتصرا ونسبه الى الخزانة والمسئلة في مبسوط شمس الائمة وذكر ان هذا
هو المذكور في نسخ ابي سليمان وفي نسخ ابي حفص لا يكون مكاتبا وله بيعه لانه تعليق بشروط
وهو ان يودي المال عشر مرات والتعليق بشرط واحد وشروط سواد وجه رواية ابي
سليمان انه جعله منجما والتنجيم من حكم الكتابة والعبرة للمعاني لا للالفاظ واستشهد لابي حفص
بما لو قال ان ادیت الي الفا في هذا الشهر فلم يؤد في ذلك الشهر فانه لا يعتق اتفاقا واجيب بان
ليس في هذا التنجيم والمسئلة محتملة تامل **قوله** ولنا انه تعليق نظرا الى اللفظ ومعاوضة
بالنظر الى المقصود لانه ما علق عتقه بالاداء الا ليحثه على دفع المال لينال العبد شرف الحرية
من جهته السيد وينال السيد المال عوضا عنه وهذا معنى المعاوضة وقد فرض صحة هذا التصرف
لتحقق هذا الغرض شرعا فلا بد من اعتباره معاوضة ولذا كان عوضا في الطلاق اذا قال ان
ادیت الفا فانت طالق حتى وقع بائنا لكن لما لم يتمكن المال لازما على العبد تاخر هذا الاعتبار الى وقت
اداءه اياه ويلزم اعتباره مكاتبا لان بالضرورة يتقدر بقدرها فثبت ملكه كذلك فيبطله
ويلزم قبوله على السيد وبه يندفع الايراد القائل فيه كيف تصح المعاوضة وكل من البدل
والمبدل للمولى لان على ما ذكر يكون المال للعبد والمولى وعد اجيب بان هذه مغالطة لان العتق
حصل للعبد وهذا لم ان اريد بالمبدل العتق اما ان اريد به الاعتاق الذي هو فعل فلا ولو حصل
تقرير الاشكال بان المال ملك السيد فكيف يعتق بادائه وان انزل مكاتبا كان الكاتب يعتق
بادا ما كان اكتسبه قبل الكتابة لم يتم هذا الجواب دافعا لخلاف ذلك الجواب فانه يدفع الاشكال
فيما قررنا ما قبل الاداء فالواجب اعتبار الشرط والا لتضرر السيد اذ يمتنع بيعه عليه ويصير
العبد احق بكاسبه من سيده مع انه يجب عليه اذا مال ولتسري الحرية الى المولود للامة المعلق
عتقها بالاداء بخلاف ما لو كان عبدا لان في الولد وحريته تابعة لامه والحاصل انه ثبت لجهتا
التعليق والمعاوضة فوجب توفير مقتضى كل عليه وعلى هذا يرد ولاقته اي على ترتيب مقتضى
كل شبه عليه ويخرج المسايل المختلفة التي بعضها يقتضي اعتباره تعليقا وبعضها يقتضي اعتباره معاوضة
الا انه لما تاخر اعتبار المعاوضة الى وقت الاداء كانت احكام الشرط اكثر من احكام المعاوضة
فلم يثبت من احكامها الا ما هو بعد الاداء وهو ما اذا وجد السيد بعض المودي زيوفا فان له
ان يرجع بقدره جيادا ولو ما كان من صور ربات المعاوضة وهو تقديم ملك العبد لما اداه وانزاله
قابضا اذا اداه به وفيما قيل ذلك المعتبر جهة التعليق فكثرت اثاره بالنسبة الى المعاوضة
فكذا خالف المعاوضة التي هي في الكتابة في صور كثيرة الا ترى ما اذا مات العبد قبل الاداء وترك
مالا فهو للمولى ولا يودي منه عتق ويعتق بخلاف الكتابة الثانية لو مات المولى وفي يد العبد كسب

كاذ لورثة المولى وباع العبد بخلاف الكتابة الثالثة لو كانت لمنة فولدت ثم ادت فعتقت لم
يعتق ولدها لانه ليس لها حكم الكتابة وقت الولادة بخلاف الكتابة الرابعة ولو قال العبد للمولى
حط عني مايه فحط المولى عنه وادي تسع مايه لا يعتق بخلاف الكتابة الخامسة لو ابرا المولى
العبد عن الالف لم يعتق ولو ابرا الكاتب عتق كذا ذكروه والظاهر انه لا موقع لها اذ العتق يقع
الابراء في الموضعين يكون والابراء لا يتصور في هذه المسئله لانه لا دين على العبد بخلاف الكتابة السادسة
لو باع المولى العبد ثم اشتراه او رده عليه بخيار عيب ففي وجوب قبول ما يأتي به خلاف عند
ابي يوسف رح ومحمد رح ولكن لو قبضه عتق بخلاف الكتابة فانه لا خلاف في انه يجب ان
يقبله وبعد فايضا ووجه قول محمد ان وجوب القبول وانزاله فايضا كان من حكم الكتابة
وقد بطلت بالبيع فلا يجب القبول غير انه لو قبله عتق بحكم التعليق وهو لا يبطل بالخروج عن
الملك كما عرف في الايمان بالطلاق وقول ابي يوسف عندي اوجه لان الكتابة التي تبطل بالبيع
هي القايمة هنده وانت علمت ان انزال مكاتبا انما هو في الانتهاء وهو ما عند اداية فلا ينزل مكاتبا
قبله بل الثابت قبله ليس الا احكام التعليق والبيع كان قبله ولا كتابة حينئذ معتبرة شرعا
لتبطل وقد فرض قبلها من اليمين واعتبار صحتها بعد البيع فيجب ثبوت احكامها ومنها وجوب
القبول اذا اتى بالمال السابعة انه يعتق على المجلس فلا يعتق ما لم يود في ذلك المجلس فلو اختلف بان اعرض
او اخذ في عمل اخر فادي لا يعتق بخلاف الكتابة هذا اذا كان المذكور من ادوات الشرط لفظة
ان فان كان لفظة متى او اذا فلا يقتصر على المجلس لما منة انه يجوز للمولى بيع العبد بعد قوله
ذلك قبل ان يودي بخلاف المكاتب التاسعة ان للسيد ان ياخذ ما يظفر به مما اكتسبه قبل ان
يانيه بما يودي بخلاف المكاتب العاشرة انه لغا ادي وعتق وفضل عنده مال مما اكتسبه
كان للسيد فيما هنه بخلاف المكاتب الحادية عشر لو اكتسب العبد مالا مثل تعليق السيد فاداه
عنه اليه عتق وان كان السيد يرجع بمثله على ما سيذكر بخلاف الكتابة لا يعتق بادايه لانه ملك
المولى الا ان يكون كاتبه على نفسه وماله فانه حينئذ يصير به احق من سيده فاذا ادى منه عتق

قوله ولو ادى البعض يجبر على القبول الا انه لا يعتق لان شرط العتق اداء الكل ولم يوجد كما لو حط عنه
البعض وادى الباقي لا يعتق كما ذكرنا في المسايل لعدم الشرط وانما يجبر على قبوله لانه بعض ما يجب
على قبوله فكما يجب قبوله الكل يجب قبول بعضه لا اختلاف ورد ومنع هذه الملازمة وذلك لان
وجوب قبول الكل لان به تحقق شرط العتق الذي هو حق العبد وليس اداء البعض كذلك الا اذا كان
في ضمن الكل فانه يجب قبوله باعتبار انه محقق للكل باعتبار انه بعضه فلذا كان في هذه المسيلة
خلاف وما ذكره المصنف هو المذكور في الايضاح وذكر شيخ الاسلام رحمه الله انه لا يجب قبوله كما ذكرنا
وذكر في شرح الطحاوي ان عدم وجوب قبوله قول ابي يوسف وانه القياس والاستحسان هو ان يجب
على القبول كالمكاتب والاوجه وهو وجه الاستحسان ان وجوب قبول البعض لدفع الضرر عن العبد
لانه قد يعجز عن اداء الكل دفعة وما تحمل مشقة الاكتساب الا لذلك الغرض فلو وقفناه على تحصيل
الكل ذهب تحمله كد سعيه خاليا عن غرضه وما تقدم يعلم ان السيد لو خطفه منه قبل ان يانيه
به جاز ولا يحتسب له به من اداء المشروط **قوله** ثم لو ادى الف اكتسبها قبل التعليق يعتق ويرجع
المولى عليه بمثلها اما العتق فلوجود الشرط وهو اداء الالف حتى يعتق لو كانت الف مغصوبة
الا انه لا يجب عليه قبول المغصوبة وانما رجوع المولى بمثلها فلاستحقاقه اياها وهو المراد بقول
المصنف لاستحقاقها اضافة للمصدر الى المفعول وهو تعليل للرجوع وهذا لانها ملكه والعبد وان
قلنا انه يملك ما اكتسبه عند الاداء ويصير عنده كالمكاتب لكن ذلك فيما اكتسبه بعد التعليق وهذا
بوجه النظر في الغرض وهو ان يعتقه باداء الالف بحدث حصولها له فيملك ما لم يكن ملكه وتلك الالف

ليست كذلك فيرجع بمثلها دفعا للضرر عن المولى **قوله** ثم الاداء في قوله ان اديت يقتصر
على المجلس فلو اختلف المجلس بان قام العبد او اعرض او اخذ في عمل اخر ثم ادى لا يعتق
وهذا لانه تخيير محض اذ ليس في كلامه ما يدل على الوقت لان ان للشرط فقط بخلاف اذا ومتى
لانها عليه لا يتوقف ففي اي وقت ادى عتق وعن ابي يوسف ان بمنزلة اذا ومتى وقد
ان يوجه بان ان لما لم تدل على الوقت صار المعلق به الاداء مطلق الوقت فيتخير فيه كالامر
المطلق عن الوقت يتخير في اي وقت شاء ويجاب بانه لما لم يدل على الوقت فانما يثبت مقتضى
الفعل ووقت مجلس الايجاب حاضر متيقن فيتقيد به ولا يخفى ان معنى كونه ضرورة للفعل ان
تحقق الفعل بدونه لا يمكن فلا يثبت مدلولا اصلا فانما يثبت للفعل وقت وجوده اي وقت وجد
لا يقال بالاداء اختلف المجلس فلا يتصور العتق بالاداء انا نقول يجب ان يستثنى مقدار الحنث كان
يستثنى مقدار البر في حلفه لا تلبس هذا الثوب وهو لابسه حتى لم يحنث فقد شغل بنزعه
فلا يتبدل المجلس بالاداء **فرع** قال ان اديتما الي الفا فانتما حران فاداها حصة لم يعتق لان
شرط العتق اداؤهما جميع المال وجملة المشروط تقابل جملة المشروط من غير انقسام والاجزاء على الاجزاء انما
الانقسام في المعاوضات وكذا لو ادى احدهما جميع الالف من عنده لم يعتق لان الشرط اداؤهما فلا يتم
باحدهما فان قال المولى خمسماية من عندي وخمسماية بعث بها صاحبي وديها اليك عتقا لان اداء الرسول
كاداء المرسل فتم الشرط وهو اداؤهما ولو ادى عنها اجنبي لا يعتقان لانه ليس اداؤهما وانتقل
اليهما بخلاف الكتابة وللمولى ان يرجع على المولى لانه ادى ليعتقا ولم يحصل مقصوده فان قال
اودعها اليك على انهما حران او على ان تعتقهما فقبل على ذلك عتقا ويرجع المولى بالمال على
السيد اما العتق فلان قبول المولى على هذا الشرط بمنزلة الاعتاق منه لهما واما حق الرجوع
فلان عوض العتق لا يجب على الاجنبي ولو قال هما امراتي ان اودعها اليك فقبل لا عتق لانه رسول
منهما **قوله** ومن قال انت حر بعد موتي على الف فالقبول بعد الموت لاضافة الايجاب الى ما
بعد الموت فصار كما اذا قال انت حر غدا بالف فان القبول محل الغد وهذا الان جواب الايجاب
في عقد المعاوضة وهو القبول انما يعتبر في مجلسه ومجلسه وقته وجوده والاضافة توجد
وجوده بلا وجود المضاف اليه وهو هنا ما بعد الموت ولو امكن اضافة في البيع ونحوه وجب
ايضا كون قبول البيع متاخرا بلا وقت وجود المضاف فيكون محل القبول ذلك بخلاف ما اذا قال
انت مدبر على الف درهم حيث يكون القبول اليه في الحال لانه ايجاب للتدبير في الحال الا انه
لا يجب المال لقيام الرق في المدبر ولا يستوجب المولى على عبده دينا صحيحا واذا عتق بعد الموت
لا يلزمه شيء لانه لما لم يجب عليه عند القبول لم يجب عليه بعده وعلى هذا الافاضة في تعليقه بالقبول
الا يظهر اختيار التدبير من العبد كما لو قال ان اخترت التدبير فانت مدبر وصار كما اذا
علق تدبير بدخول الدار واورد ان قوله انت مدبر على الف هو معنى انت حر بعد موتي على الف
فينبغي ان يشترط في مسئلة الكتاب القبول في الحال اجيب بان مسئلة الكتاب تصرف بين من
السيد حتى لا يكون من الرجوع وفي الايمان يعتبر اللفظ وليس في قوله انت مدبر على الف اضافة
لفظا ليكون يمينا فلا يشترط القبول بعده وفي النهاية انما افترق وقت القبول فاعتبر في الحال
في ان مدبر على الف لانه قابل الالف في التدبير بحق الحرية وحق الحرية تحقق قبل الموت واعتبر
بعد الموت فيعتبر القبول بعده ولا يخفى ان التدبير ليس معناه الا الاعتاق المضاف الى ما بعد الموت
وذلك هو الثابت في قول من قوله انت مدبر فانت حر بعد موتي بلا فرق بل المعنى واحد دل عليه
بلفظ مفرد ومركب كلفظ الحد والمحدود من نحو انسان وحيوان ناطق ثم يثبت حق الحرية
فرعا عن صحة تلك الاضافة التي هي التدبير لا ان حق الحرية هو معنى التدبير ابتداء فلم يتحقق

العتق واعلم انه روي عن ابي حنيفة في نوادر بشر بن الوليد اذا قال انت مدبر علي الف ليس القبول
الساعة وله ان يبيعه فاذا مات الموجب وهو في ملكه وقال قبلت اداء الالف عتق فعلى هذا استوت
المسئلتان في ان القبول بعد الموت ورد وي عن ابي يوسف فيما ان لم يقبل حين قال له ذلك فليس له
ان يقبل بعده وان قبل كان مدبرا وعليه الالف اذا مات السيد وعن ابي يوسف في الاملا اذا قال
اذا مت فانت حر علي الف درهم القبول في حالة الحياة لا الوفاة فاذا قبل صح التدبير فاذا مات
عتق ولا يلزمه المال لانه لا يلزمه وقت القبول لانه لا يعتق بالقبول فلا يلزمه وقت وقوع العتاق
فسوى بين المسئلتين في ان القبول حالة الحياة الا انه اختلف كلامه فيهما في لزوم المال وذكر
السرخسي عن ابن سماعة عن محمد لو قال انت مدبر علي الف فالقبول بعد الموت ليعتق فيلزمه
المال ومعلوم انه ذكر في الجامع في مسئلة انت حر بعد موتي علي الف ان القبول بعد الموت فقد
سوى بينهما في هذه الرواية في ان القبول بعد الموت كما سوى ابو حنيفة فيما ذكرنا عنه كذلك
وحينئذ لما قيل انهم اجمعوا انه لو قال انت حر علي الف بعد موتي فالقبول بعد الوفاة لا يصح
اذ يجب ان يجعل قول ابي يوسف في قوله اذا مت فانت حر علي الف ان القبول في حال الحياة
رواية في انت حر بعد موتي علي الف ان القبول في الحياة على العكس بل اولى لان هناك الايجاب معلق
صريحا بالموت ومع ذلك جعل القبول في الحال وهنا هو بالموت مضاف ثم لا يخفى ان الاعدل هو لزوم
المال على ما ذكرنا عن ابي يوسف ومحمد لان الظاهر من تعليقه بخصوص هذا الشرط ليس الا حصول المال
عوضا عن العتق والا فقال ان اخدمت الدار فانت مدبر وهذا لان المولى ما رضي بعتقه الا ببدل
وتعليقه بقبول المال ظاهر في ذلك والمانع شذ عنه اذ المرء لا يستحق على عبده المال اذا كان بسبب
العتق كما في المكاتب وان لم يستحق عليه بسبب غيره على ان المروي عن ابي يوسف ومحمد في المسئلة
انما هو استحقاق المال بعد موت السيد وحينئذ يكون حرا فالحاصل ناخر وجوب المال الى زمن حريته
فلا يلزم ما ذكر من ثبوت الدين للسيد على عبده والله الموفق واما وقوع العتق عند القبول
فقال المصنف عن المشايخ لا يعتق ما لم تعتقه الورثة وزاد غيره او الوصي او القاضي انما منعوا الا ان
الوارث يملك عتقه تنجيزا وتعليقا والوصي لا يملكه الا تنجيزا فلو قال ان دخلت الدار فانت حر
فدخل لا تعتق واذا اعتقه الوارث فولاؤه للميت لان عتقه بقع له ولذا لو اعتقه الوارث عن
كفارة عليه لا يعتق وعلله بان الميت ليس اهلا للاعتاق قال وهذا الصحيح وكذا قال غيره واعترض
بان الاهلية ليست بشرط الا عند الاضافة والتعليق وكذا الوجوب بعد التعليق ثم وجد الشرط
وقع الطلاق المعلق والعتاق ولذا يعتق للمدبر بعد الموت وليس التدبير الا تعليق العتق بالموت
واجيب بالفرق بين هذه المسئلة وتلك المسائل بان هناك الموجود مطلق اهلية المعلق فقط
وهنا الثابت هذا وزيادة في المحل وهو خروجه عن ملك المعلق الى ملك الورثة فلم يوجد الشرط
الا وهو في ملك غيره ولا يخفى ان هذا ليس دفعا للسؤال وهو ان ما علل به من فوات اهلية المعلق
لا اثر له وما ذكر من خروج المحل عن محلية عتقه ان اراد المجيب انه جزء المانع فليس بصحيح
للعلم بان انتفاء اهلية المعلق ليس له اثر في عدم الوقوع عند الشرط فصار الحاصل من الايراد انه
علل اهلية المعلق بما لا اثر له فاجاب المجيب بابداء علة اخرى او مانع وقال هذا جواب هذا
السؤال والصواب في الجواب ان المصنف حيث علل بان الميت ليس اهلا للاعتاق لم يبين ان عدم
اهليته لذلك بسبب الموت او غيره ومبنى السؤال على فهم انه الموت ويمكن كون مراده انه
ليس اهلا لاعتاقه لخروجه عن ملكه الى ملك الورثة فصار اجنبيا عنه وانما لزم خروجه
الى ملكهم لانه لا يعتق بمجرد الموت كالمدبر بل بعد القبول الكائن بعد الموت واذا تاخر العتق
عن الموت ولو بساعة لا يعتق الا بعتق الورثة وصار كما لو قال انت حر بعد موتي بشهر

فانه لا يعتق الا بعتقهم وبهذا اندفع ما اورده شارح فقال ينبغي ان يعتق حكما لكلام صدر من الاهل
في المحل وان كان للميت ليس اهلا للاعتاق لما قلنا ان الكلام صدر منه حال اهليته ثم استدل
على ذلك بان القبول بعد الموت معتبر وهو فرع كون الايجاب معتبرا بعد الموت فلو لم يعتق بعد
الموت الا باعتاق واحد من الورثة لم يبق معتبرا بعد الموت فلا تبقى فائدة لقوله فالقبول
بعد الموت ولا يخفى ان بعد كون الكلام حين صدوره معتبرا بشرط ان يكون في ملكه عند
نزول العتق ثم نفي الفائدة ممنوع فان بالقبول يثبت لزوم العتق على الوارث فان لم
يفعل اعتقه القاضي ولم يكن لو لا القبول ذلك بل بباع ويورث فكيف يقال لا فائدة لا نعم
يقال اذا كان العتق لا بد منه فما السبب الى نقله الى ملكهم ثم امرهم بالاعتاق ان كان لسبب
اعم مما سببه فلم بقي في ساعة القبول بلا ملكهم لزم الشائبة فلو لم يبق على ملك الميت
وكحل مثل ما هو من حوائجه وهو نفاذ ايجابه وصحته ولهذا كان قبوله معتبرا فلا مانع
من ان يبقى على حكم ملك الميت مقدار مجلس العلم بموته لان القبول لما يعتبر بعده بل بتقييده
وما تقدم من نوادر بشر من قول ابي حنيفة فاذا مات الموجب وقال قبلت اداء الالف
عتق ظاهر في عدم تاخر عتقه الى عتق الوارث كما استدل به ذلك الشارح ايضا مع ان في المسئلة
خلافا كما يفيده قول الصدر الشهيد حيث قال ومن المتاخرين من قال ينبغي ان لا يعتق ما لم يعتقه
الورثة لان الاعتاق من الميت لا يتصور ثم قال وهذا الخ فانه يفيد ثبوت الخلاف ثم بقول
العتق ما وقع الا من الحي لان العتق بقوله انت حر المعلق او المضاف الصادر منه حال حياته
وان كان نزول اثره بعد موته الا انه يبقى عليه اشكال هو لزوم ان يبقى على ملك الميت شهرا
فيما اذا قال انت حر بعد موتي بشهر اعتبارا لحاجته الى نفاذ ايجابه واعتباره وطول
المدة وقصرها لا اثر له فان الموجب حاجته الى ما ذكر وهي متحققة فيهما وسياتي لبعضهم
فرق في الباب بعده **قوله** ومن اعتق عبدا له قيمته اربع سنين مثلا او اقل او اكثر
فقبل العبد فعتق ثم مات المولى من ساعته فعليه اي على العبد قيمته عند ابي حنيفة
في قول الاخر وهو قول ابي يوسف وفي قوله الاول وهو قول محمد عليه قيمة خدمة
اربع سنين اما العتق فلانه جعل الخدمة وهي معلومة اذ هي خدمة البيت العادة
في مدة معلومة عوضا فتعلق العتق بقبولها كما في غير من المعاوضات لانه صلح عوضا
لان المنفعة اهون من المال بالعقد ولذا صحت مهرا مع انه تعالى امر بابتغاء النكاح
بالمال ثم اذا كان العتق لا بد منه فالس

نفسه كما اذا اشترى عبدا او جارية لا يملكه وهو معاوضة مال بمال لان العبد مال بالنسبة
الى السيد فهو معاوضة مال بمال بالنسبة الى السيد حيث اخذ مالا في مقابلة اخراجه
ماله عن ملكه ثم هنا ملاحظة اخرى وهي اعتبار ما اخذ في مقابلة ما به خرج المال عن ملكه وهو
تلفظه بالاعتاق وهذا الاعتبار لا ينفي الامر الثابت في نفس الامر وهو خروج ماله عن ملكه
بذلك العوض فصار كما اذا باع عبدا بجارية ثم استحقت انما يرجع بقيمة العبد بخلاف
ما فيه لانه مبادلة مال بما ليس بمال ولهذا لو شهد واما باسقاط القصاص وابطال ملك
النكاح ثم رجعوا لا يضمنون الدية وقيمة البضع ولو شهد واما باعتاق ورجعوا ضمنوا ولو خرمه
سنة مثلا ثم مات احدهما اخذ بقيمة خدمته ثلاث سنين عند محمد وهو بقيمة ثلاثة ارباع
رقبته وعلى هذه النسبة قس وعلى هذا لو اعتق ذمي عبد ذمي خمرا او خنزيرا يعتق بالقبول
فان اسلم احدهما قبل قبضه فعندهما على العبد قيمة نفسه وعند محمد قيمة الخمر هذا في المعاوضة
اما لو كان قال ان خدمتني اربع سنين او سنة مثلا فخدم بعضها ثم مات احدهما اعتق لعدم
الشرط ويباع ان كان الميت المولى وكذا لو اعطاه مالا عوضا عن خدمته او ابراه المولى منها
او بعضا على ما تقدم وكذا لو قال ان خدمتني واولادي فمات بعضهم قبل استيفاء المدة يتعذر العتق

قوله ومن قال لاخر اعتق جاريتك على الف درهم على ان تزوجنيها وفي بعض النسخ زيادة لفظ على
قبل على ان تزوجنيها وليس في عامة النسخ وهي اولى منه على ايجاب المال على المتكلم وان كان كذلك
مع تركها ايضا فاذا اعتق فاما ان تزوجه او لا ولا يلزمها تزوجه لانها ملكت نفسها بالعتق
فان لم تتزوجه لا يجب على الامر شئ واصلا لان حاصل كلامه امره المخاطب باعتاقه امته
وتزوجها منه على عوض الف مشروطة عليه عنها وعن مهرها فلما لم تتزوجه بطلت عنه
حصة المهر منها واما حصة العتق فهالطلة اذ لا يصح اشتراط بدل العتق على الاجنبي بخلاف الخلع
لان الاجنبي فيه كالمراة لم يحصل لها ملك مال لم تكن تملكه بخلاف العتق فانه ثبت للعبد فيه
فوق حكمية هي ملك البيع والشراء والاجارة والتزوج وغير ذلك من الشهادات
والقضاء ويجب العوض الاعلى من حصل له المعوض فان تزوجته فثمن الالف على قيمتها
ومهر مثلها فما اصاب قيمتها سقط عنه وما اصاب مهرها وجب لها عليه فان استويا بان
كان قيمتها مائة او كان قيمتها الفا ومهرها الفا سقط عنه خمسماية ووجب لها خمسماية عليه
وان تفاوتا بان كان قيمتها مائتين او الفين ومهرها مائة او الف سقط ستمائة وستة
وستون وثلثان ووجب لها ثلثمائة وثلاثون وثلث وقوله وقد قررناه
من قبل يعني ما ذكر في خلع الاب ابنته الصغيرة حيث قال لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي
صحيح لكنه لم يذكر ان اشتراط بدل العتق على الاجنبي غير صحيح **قوله** ولو قال اعتق امتك
عني على الف درهم على ان تزوجنيها وهو معنى قوله والمسئلة بحالها ففعل اي اعتق
فثمن الالف على قيمتها ومهرمثلها على ما بيناه فما اصاب قيمتها اداه للمولى وما اصاب
المهر سقط عنه يعني ان لم تكن زوجت نفسها منه وان تزوجت نفسها منه وجب لها عليه
ما اوجب للمولى حصة قيمتها هنا لانه لما قال عني تضمن الشراء اقتضى على ما عرف في الاصول والفروع
لكنه ضم اليه قبولها تزوجها وقابل المجموع بعوض الف فانقسمت عليهما بالحصة وكان هنا لكن جمع
بين عبد ومدبر في البيع بالف حيث يصح البيع وينقسم على قيمتها فما اصاب قيمة المدبر سقط
وما اصاب قيمة العبد وجب تمشيا بناء على دخول المدبر في البيع لكونه مالا ثم خروجه باستحقاق
نفسه ومنافع البضع وان لم تكن مالا لكن اخذت حكم المال لانها متقومة مآل الدخول وابراد
العقد عليها فان قبل اذا لم تحقق صحة هذا البيع من جهة جمع ما ليس بمال بما هو مال في صفقة

واحدة ينبغي ان يفسد لانه اذا فسد الصفقة في صفقته واذا فسدت وجب اما عدم وقوع
العتق لانه من جهتها لم يقبض والمبيع في البيع الفاسد لا يملك الا بالقبض فلا عتق
فيما لم يملك واما وجوب كل القيمة للمولى ان اعتبر قبضها نفسها بالعتق قبض للمولى وان
ضعف فيكتفي بسلمان القيمة حيث وجبت بالقبض في البيع الفاسد وجبت كلها اجيب بانه
بيع صحيح والنكاح وقع مندرجا في البيع ضمنا له فلا يراعى من حيث هو مستقل لا يفسد
به واما يخفى انه يكفي ان يكون ادعاء في كل صفقة فلا يتصور كونه من المفسدات وقول المصنف
لم يذكره يعني محمدا في الجامع الصغير وقوله في الوجه الاول يعني الذي لم يذكر فيه لفظ
على والوجه الثاني هو ما ذكر فيه وقوله في الوجهين يعني ما ذكر فيه على وما لم يذكر اذا
رجحت نفسها وقد بيناه **باب التدبير** لما فرغ من بيان العتق الواقع
في حال الحياة شرع في بيان العتق الواقع بعد الموت ووجه الترتيب ظاهر وهذا احسن مما
قيل انه مقيد والمقيد مركب وهو بعد المجرد لان مسايل باب الحلف بالعتق كلها كذلك
فانها تعليق للعتق بشرط غير الموت كان التدبير تعليقا بشرط الموت ولم يوخر عنها هاهنا
ثم التدبير لغة النظر في عواقب الامور وشرعا العتق الموقع بعد الموت في المملوك
معلقا بالموت مطلقا لفظا او معنى او شرطه الملك فلا يصح تدبير المكاتب ولا متناهي
الملك منه فانه مالك يدا ولا معنى في التحقيق لعدم مالك يد اصل الواجب ان يقال ملكه
متزلزل اذ لا شك في انه مالك شرعا لكنه يعرض ان يزول بتعجيز نفسه وغاية الامران
بعض اثار الملك منتف وهو لا يوجب نفي حقيقة الملك كملك الامة المجوسية والوثنية والبالغ
والعقل فلا يصح تدبير الصبي والمجنون وفي المبسوط اما السكران والمكره فتدبيرهما جايز
عندنا كما عتاقهما ولو قال العبد او المكاتب اذا اعتقت فكل مملوك املكه حر فعتق
ذلك مملوكا عتق لانه مخاطب له قول معتبر وقد اضاف العتق الى ما بعد حقيقة الملك
له فيصح ويكون عند وجود الملك كالمنجز له بخلاف ما لو قال كل مملوك املكه الى خمس
سنة فملكه حر فعتق قبل ذلك فذلك لا يعتق عند ابي حنيفة وقد ما يعتق وما ذكرنا من
اشتراط البلوغ والعقل هو في تدبير المالك اما الوكيل فلا في المبسوط لو قال الصبي او المجنون
دبر عبدي ان شئت فدبر جاز وهذا على المجلس لتقرير محمد بالمشية ونظيره في العتق والطلاق
واذا انجز الكلام في الوكالة فهذا فرع منه قال لرجلين دبرا عبدي فدبر احدهما
جاز ولو جعل امر في التدبير اليهما بان قال جعلت امر التدبير في فدبر فدبر
احدهما لا يجوز لانه ملكهما هذا التصرف فلا ينفرد به احدهما بخلاف الاول لانه جعلهما
معبرين عنه وعبارة الواحد وعبارة الشيء سوا الا ترى ان له ان ينهاهما قبل ان
يدبراه في هذا الفصل وليس له ذلك في جعل الامر اليهما كذا في المبسوط **قوله**
اذا قال الرجل لمملوكه اذا مت فانت حر او انت حر عن دبر مني او انت مدبر او قد دبرتك
فقد صار مدبرا لان هذه الالفاظ صريح في التدبير فانه اضاف التدبير الى ما بعد الموت
وهذا تفسير ذلك بالوضع فافاد ان كلها افاده ما ثبت عن دبر كذلك فهو صريح وهو ثلاثة
اقسام الاول ما يكون بلفظ اضافة كبعض ما ذكرنا ومنه حر دبرتك او اعتقتك او انت حر
ومحررا او عتيق او معتق بعد موتي والثاني ما يكون بلفظ التعليق كان مت او اذا او متى
مت او حدث بي حدث او هلكت فانت حر ومنه عرف الحدث والحادث في الموت
وكذا انت حر مع موتي او في موتي فانه تعليق العتق بالموت بناء على ان مع وفي للاستعار
في معنى حرف الشرط وروي هشام عن محمد اذا قال انت مدبر بعد موتي يصير مدبرا في الحال

ان المدبر امر لمن يعتق عن دبر موته فكان هذا وانت حر بعد موتي سواء وكذا عتقتك او حررتك
بعد موتي والثالث ما يكون بلفظ الوصية كاوصيت لك برقبتك او بنفسك او بعتقك وكذا
اذا قال اوصيت لك بثلث مالي فيدخل رقبته وفي الكافي انت حر او مدبر او عتيق يوم اموت
يصير مدبرا والمراد بالموت الوقت لانه قرن به ما لا يمتد ولو نوى به الموت فقط لا يكون
مدبرا مطلقا لجواز ان يموت ليلا يعني فيجوز بيعه فان لم يبعه حتى مات عتق كالمدبر
وانما كانت صريحا لانها استعملت في الشرع كذلك قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في ام الولد فهي
معتقة عن دبر منه ذكره في المبسوط ثم تورث بلا شبهة في هذا المعنى ولو قال انت حر بعد موتي
وموت فلان فليس بمدبر مطلق لانه لم يتعلق عتقه بموته مطلقا فان مات المولى قبل فلان
لم يعتق لان الشرط لم يتم فصار ميراثا للورثة وكان لهم ان يبيعوه وان مات فلان اولا يصير
مدبرا مطلقا فليس له ان يبيعه خلافا لزفر لانه كما قال اذا اكلت فلانا فانت حر بعد موتي فاكله
او قال انت حر بعد كلامك فلانا وبعد موتي فاذا كلم فلانا صار مدبرا ولو قال بعد موتي ان بيت
بيوت فيه فان نوى المشية الساعة فتح العبد ساعة فهو حر بعد موته من الثلث لوجود شرط
التدبير فيصير مدبرا وان نوى المشية بعد الموت فاذا مات المولى فتح العبد عند موته فهو
حر لوجود الشرط باعتبار التدبير وكان الشيخ ابو بكر الرازي يقول الصحيح انه لا يعتق هذا الا
باعتاق من الورثة او الوصي كمثل ما تقدم في الباب المتقدم من انه لما لم يعتق بنفس الموت
صار ميراثا فلا يعتق بعد الاباعتاق منهم ويكون هذا وصية يحتاج الى تنفيذها كما لو قال
اعتقوه بعد موتي ان شاء وهو نظير ما لو قال انت حر بعد موتي بشهر فانه لا يعتق الا باعتاق
منهم بعد الشهر نص عليه ابن سماعة في نوادره وكذا بيوم وفي الاسبيجابي اذا لم يعتق الا
باعتاق الوارث او الوصي فللوارث ان يعتقه تنجيزا او تعليقا والوصي لا يملكه الا تنجيزا ولو
اعتقه عن كفارته عتق عن الميت دون الكفارة والذي ينبغي ان يفصل في التعليق فان علقه
بشرط من جهته فعله ثم لم يفعله او بمضي زمان طويل او على فعل العبد وهو مما يتعذر عليه او
يتعسر لا يلزم العبد توفيقه عليه بل ان شاء رفع الى القاضي ليخبر عتقه ثم في ظاهر الجواب
يعتبر وجوب المشية من العبد في مجلس موته او علمه بموته كما تقيد مشيته في حياته بمجلس
التفويض اذا كان بهذا اللفظ وعن ابي يوسف لا يتوقف به لانه في معنى الوصية في لزوم القبول
القبول في المجلس وفي الاصل لو قال بعد موتي بيوم لم يكن مدبرا وله ان يبيعه لانه ما علقه
بمطلق الموت بل بمضي يوم بعده فان مات لم يعتق في الوقت الذي سمي حتى يعتقه الورثة
وهذا يوافق ما ذكر ابو بكر الرازي ومن المشايخ من فرق بين هذه وبين الاولى فقال اذا اطلق العتق
عن موته يزمان متد بيوم او شهر وتقرر ملك الوارث في ذلك الزمان عرفنا ان مراده
الامر باعتاقه فلا يعتق ما لم يعتقوه واما في المسئلة المشية تتصل مشية العبد بموت
المولى قبل تقرر الملك للوارث فيعتق باعتاق المولى ولا تدعو حاجة الى اعتاق الوارث
وهذا ان تم اشكل على ما تقدم في مسئلة انت حر بعد موتي بايام فان زمن القبول كزمن
المشية فانه يجب ان يوصل بموت المولى او بعلمه بموته لا يقال ينبغي ان يجعل العبد في هذه
المسئلة وتلك بالقياس على حكم ملك الميت لحاجته الى قضاء ديونه وثبوت اعتباره شرعا
وما قدمناه من ان القبول غير معلوم يدفع بانه وان كان كذلك لكنه متوقع وعلى تقدير
وجوده يلزم اخراجه عن ملكهم بعد الدخول واستصحاب الملك الاول اسهل من رفعه
ثم ادخاله في ملك شخص ثم اخراجه عنه فوجب ان ينفي لحاجته ثم لا شك ان هذه المسئلة
اقرب لان العتق بعد ما نفع مجانا فوجب عتقه من جهة المولى الا ان نقول لرجوع ذلك لزم في انت حر

بعد موتي يوم عدم توفيقه بل او يجيء اليوم بعد معلوم غير متكون وهي من موانع النفوذ على
انه لا عتق الا باعتاقهم **قوله** ثم لا يجوز بيعه المدبر المطلق وهو الذي علق عتقه بمطلق
موت المولى واهبته واخراجه عن ملكه الا لحاجة الحرية بلا بدل او بكتابة او عتق على مال
وما سواه من التصرفات التي لا تبطل حقه في الحرية يجوز فيجوز استخدامه واجارته واجرته
وتزويج المدبرة ووطئها واخذ مهرها وارش جنايتها وعللها المصنف فيما يأتي بقوله
لان الملك فيه ثابت وبه تستفاد وكانه هذه التصرفات وانما لم يكن له ان يرهنه لتوان شرط
عند الرهن وتصرف بما يبطل حقه لاستفاد من مالية المرهون بطريق البيع ومالية للمدبر كام
الولد وليس على المولى في جنايات المدبر الا قيمة واحدة لانه ما منع الا رقبة واحدة واما
ما استهلكه فدين في رقبته يسعى فيه وعرف من هذا ان ليس للمولى دفعه بالجناية الموجبة
للارش وفي الجناية على المدبر ما في الجناية على المماليك لانه مملوك بعد التدبير واستشكل
على عدم جواز بيع المعلق عتقه بمطلق موت المولى ما اذا قال كل مملوك املكه فهو حر بعد
موتي وله مماليك واشترى مماليك ثم مات فانهم يعتقون فكان عتقهم معلقا بمطلق موت
السيد ثم انه لو باع الذين اشتراهم ولم يدخلوا تحت الوصية بالعتق الا عند الموت اجيب
بان الوصية بالنسبة الى المعدوم يعتبر يوم الموت وبالنسبة الى الموجود عند الايجاب
حتى لو اوصى لولد فلان وله ثلاثة اولاد وقت واحد منهم بطل ثلث الوصية بينهم اثلاثا ولو مات
بعضهم فبطل بموت احدهم حصته ولو لم يكن له ولد فولد له ثلاثة اولاد ثم مات احدهم
ثم مات الموصي كان الكل للاثنين لان الثالث لم يدخل في الوصية لكونهم سعدوا حين عند الايجاب
فتناولت من يكون موجودا عند الموت **قوله** وقال ان في يجوز بيعه وهبته
للمنقول والمعنى اما المنقول فانه في الصحيحين من حديث جابر ان رجلا اعتق غلاما له عن دبر
لم يكن له مال غيره فباعه النبي صلى الله عليه وسلم بثمانية دراهم ثم ارسل ثمنه اليه وفي لفظ
اعتق رجل من الانصار غلاما عن دبر وكان محتاجا وكان عليه دين فباعه رسول الله صلى الله عليه وسلم
بثمانمائة درهم فاعطاه فقال اقض دينك وانفق على عيالك وحديث جابر هذا الفاظ
كثيرة وروى ابو حنيفة بسنده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم باع المدبر وفي موطأ
مالك بسنده الى عائشة انها مرضت فتطاول مرضها فذهب بنو اخيها الى رجل فذكروا
له مرضها فقال انكم تخبرون عن امراة مطبوبة قال فذهبوا ينظرون فاذا جارية
لها سحرتها وكانت قد دبرتها فذكرتها ثم سألتها ماذا ارادت قالت اردت ان تموتني
حتى اعتق قالت فان لله علي ان تباعي بثمن اسعد العرب ملكة فباعتها واعرت بثمنها
فجعل في مثلها ورواه الحاكم وقال على شرط الشيخين والجواب انه لا شك ان الحركات
باع في ابتداء الاسلام على ما روي انه صلى الله عليه وسلم باع رجلا يقال له سرق في دينه
ثم نسخ ذلك بقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ذكره في الناسخ والمنسوخ
فلم يكن فيه دلالة على جواز بيعه الان بعد النسخ وانما يفيد استصحاب ما كان ثابتا من
جواز بيعه قبل التدبير اذا لم يوجب التدبير زوال الرق عنه ثم رأينا انه صح عن عمر رضي الله
عنه انه باع المدبر وهو يوهب هو حر من ثلث المال وقد رفعه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لكن
ضعف الدارقطني رفعه وصححه ووقفه واخرج الدارقطني ايضا عن علي بن طبيان بسنده عن
ابن عمر قال المدبر من الثلث وضعف بن طبيان والحاصل ان وقفه صحيح وضعف رفعه
فعلى تقدير الرفع لا اشكال وعلى تقدير الوقف فقول الصحابي حينئذ لا يعارضه النص البتة
لانه واقعة حال لا عموم لها وانما يعارضه لو قال صلى الله عليه وسلم بيعوا المدبر فان قلنا بوجوب

الشرط للنزول الحكم ان ذلك شرط لابتداء التصرف لا لمجرد زوال الملك والمجنون اهل لذلك
بخلاف الموت فانه سالب الاهلية الاسرين فامتنع ان يجعل قوله المذكور احيانه سببا بعد موته
فلزمت سببيته في الحال والا انتفت لكن لم تنتف شرعا وبان سائر التعليقات فيما مانع من
كون المعلق سببا في الحال لانها ايمان واليمين في متسلم تعقد للمنع كما قد تعقد للحمل فالمنع من وقوع
الطلاق والعتاق هو المقصود فيها لا تعقد للبر وانه يضاد وقوعهما ووقوعهما هو المقصود
في التعليق الذي هو التدبير فلزم من كلامه ان التعليق منه ما ليس بيمين وهو التدبير بلفظ التعليق
ومنه ما هو يمين فلا يمكن سببيته المعلق قبل الشرط لما ذكرنا وامكن في التدبير اذ ليس فيه
معنى اليمين فلزمت سببيته في الحال واذا انعقدت سببية العتق في الحال تحقق
ثبوت حق العتق له وهو يلحق بحقيقته فلا يقبل الفسخ ولا شك انه يرد عليه النقض بما اذا
قال اذا جاء غد فانت حر فانه للمعلق بامر كابن البنه لزم ان المراد ثبوت المعلق فيه لا منعه
فلم يكن ممنا فانتفى مانع السببية في الحال فينعقد فيه فيلزم ان يجوز بيعه قبل الغد وهو
منتف وهذا الاشكال لا يندفع عن هذا الوجه بمنع كونه كابن البنه لما لحقه بجواز قيام القيامة
قبل الغد فانما يستقيم اذا كان التعليق بمجيء الغد بعد وجود استراط الساعة من خروج ابن
الدجال ونزول عيسى صلى الله عليه وسلم وغيرهما اما قبل ذلك فليس بصحيح والجواب بان الظاهر في
الاغلب فيلحق النادر به اعتراف بالمراد على ان كون التعليق مثل مجيء الغد
وراس الشهر كما ذكرنا غير صحيح واجيب ايضا بما هو حاصل الوجه الثاني وهو ان التعليق
الذي هو التدبير وصية والوصية خلافة في الحال كما لو راثه ويرد عليه انه يجوز الرجوع
عن الوصية وهذا اورد على عبارته الاجنبية وهو ان المراد بقولهم والوصية خلافة اي الوصية
المذكورة وهي الوصية له برقبته خلافة كما لو راثه حتى منعت من يحوق الرجوع عنها
ويفرق بين قوله اذا مت فانت حر وانت حر بعد موتي وبين قوله اعتقوه بعد موتي
فان الاول استخلاف موجب لثبوت حق الحرية في الحال بخلاف اعتقوه واورد عليه ان هذا
فرق بغير محل النزاع لان حاصله ان الوصية بالعتق اذا كانت تدبيرا كانت خلافة لتستدعي
لزوم الموصى به وعدم جواز الرجوع عنه وان كانت غير فاعتقوا هنا العبد لا يثبت
كذلك وجاز بيعه وهذا عين المنازع فيه فان الخصم يقول الوصية بالعتق بهذه الصيغة
وبالصيغة الاخرى سواء لا مخلص الا ان يتندي بخصوصية في تلك العبارة تقتضي ذلك
وليس هنا الا كون العبد مخاطب به او كون العتق علق صريحا بالموت او اضيف وكون ذلك
في الشرع يقتضي ما ذكرتم من اللزوم وعدم جواز الرجوع ممنوع فالحق ان الاستدلال انما هو
بالسمع المتقدم بناء على عدم معارضة حديث جابر له لما قدمناه ثم المذكور بيان حكمة
الشرع لذلك **قوله** واذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله لما روينا اول الباب
وان التدبير وصية وقد اوفاها من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره عتق ثلثه وتسعى في ثلثيه
للورثة ولو كان على المولى دين في هذه الصورة يستغرق رقبة المدبر يسعى في كل قيمته
ان الدين متقدم على الوراثة تكليف بالوصية ولا يمكن نقض العتق فيرد قيمته **قوله**
وولد المدبر مدبر فيعتق بموت سيد امه والمراد ولد المدبر المطلق اما ولد المدبر
تدبير امتيد فلا يكون مدبرا هذا هو الصحيح من النسخ وفي بعضها ولد المدبر مدبر وليس بصحيح
فان الولد يتبع امه لا اباه فان زوجة المدبر لو كانت حرة كان ولدها حرا ادامة فولدها
عبد سواء كان ابوه حرا او عبدا مدبرا او لا والمراد الولد الذي كانت حاملا به وقت التدبير
او الولد الذي حملت به بعد التدبير اما ولدها المولود قبله فلا يصير مدبرا بتدبيرها

تقليده فظاهر وعلى عدم تقليده يجب ان يحمل على السماع لان منع بيعه على خلاف القياس لما ذكرنا
ان بيعه مستحب بوقد فسخه مع عدم زوال الرق وعدم الاختلاط بخبر الموصيا كما في ام الولد
خلاف القياس فيحمل على السماع فبطل ما قيل حديث ابن عمر لا يصلح لمعارضة حديث جابر وايضا
روت عن ابي جعفر رحمه الله انه ذكر عنده ان عطاء وطاوسا يقولان عن جابر في الذي اعتقه د
مولاه في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان مشتغلا عن مدبر فامره ان يبيعه فيقضي دينه
لحديث فقال ابو جعفر شهدت الحديث من جابر انا اذن في بيع خدمته رواه الدارقطني
عن عبد الغفار ابن القاسم الكوفي عن ابي جعفر وقال ابو جعفر هذا وان كان من الثقات
الاثبات ولكن حديثه هذا مرسل وقال ابن القطان هو مرسل صحيح لانه من رواية عبد الملك
ابن ابي سليمان العرزمي وهو ثقة عن ابي جعفر انتهى فلو تم تضعيف عبد الغفار لم يضر
لان الحق عدمه وان كان متشيعا فقد صرح ابو جعفر وهو محمد الباقر الامام بن علي بن
زين العابدين بانه شهد حديث جابر وانه انما اذن في بيع منافعه ولا يكن لثقة ذلك من
امام الا لعلمه بذلك من جابر راوي الحديث وقال ابن العز قول من قال يحمل الحديث على
المدبر المقيد او ان المراد انه باع خدمة العبد من باب دفع الصايل لانه لما اعتقد ان
التدبير عقد لازم سعى في تاويل ما يخالف اعتقاده من السنة على خلاف تاويل والنص مطلق
يجب العمل به الا لمعارضة نص اخر يمنع من العمل بالطلاقه وانت اذا علمت ان الحركات
يباع للدين ثم فسخ وان قوله في الحديث باع مدبرا ليس الا حكاية الراوي فعلا جزئيا
لا عموم لها وان قوله اعتق عن دبر او دبر اعم من المطلق والمقيد اذ يصدق على الذي
دبر مقيد انه اعتق عن دبر منه وان ما عن ابن عمر موقوف صحيح وحديث ابي جعفر مرسل
ثابتي ثقته وقد قدمنا الدلالة على وجوب العمل بالمرسل بل وتقديمه على المسند
بعد انه قول جمهور السلف علمت قطعا ان المرسل حجة موجبة بل سالمة عن المعارض
ولذا قول ابن عمران لم يصح رفعه يعضده ويعارضه المروي عن عايشة لجواز كون تدبير
كان مقيدا لانه ايضا واقعة حال لا عموم لها فلم يتناول حديث جابر وعايشة رضي الله
عنهما محل النزاع لانه فلكيف وقد وجب حمله على السماع بما ذكرنا وظهر لك تحامله او غلطه
واما المعنى الذي ابطل به الشافعي منع بيعه ما ذكر في الكتاب من قوله لانه تعليق
العتق بالشرط وبه لا يمتنع البيع كما في سائر التعليقات بسائر الشروط غير الموت
وكذا ان اعتبر جهة كونه وصية فان الرجوع عن الوصية وبيع الموصى به جايز
فظهر انه على اعتباره شبهي التعليق والوصية لا يمتنع بيعه وقد قدم المصنف من قريب
قوله وعلى هذا اي اعمال الشبهين بدور الفقه وجوابه ما ذكر المصنف بقوله ولانه سبب
الحرية لانها تثبت بعد الموت وما ثبوت لا بسبب والسبب غير اي غير قوله
ان حر المعلق في اذا مت او المضاف في بعد موتي فاما ان جعل سببا في الحال او بعد
الموت وجعل سببا في الحال اولى لانه حال وجوده بخلاف بعد الموت فانه معدوم
فلا له ثبوت حكمي فاضافة السببية الى حال وجوده اولى فهذا وجه اولوية
سببيته في الحال وجه اخر يوجب عدم امكان غيره وهو قوله وان ما بعد الموت
لا اخر يعني لابد لثبوت الملك وزواله من ثبوت الاهلية لهما والموت يبطلها
بخلاف الجنون لان المجنون اهل لثبوت ملكه كما اذا مات مورثه او وهب له
وقبل وليه وزواله كما لو اتلف شيئا فانه يوضمن ما له فيزول ملكه عنه ولو ارتد
ابواه ولحقا بدار الحرب بانت امراته فلذا لم تشترط الاهلية بالفعل عند وجود

اما الذي كان حاملا فبالاجماع كما لو اعتقها وهي حامل واما الذي حملت بعد فهو في قول اكثر اهل
العلم وهو المروي عن عمر بن عبد العزيز والزهري والبصري وشريح ومسروق والثوري
ومجاهد وقتادة وعطاء وطاوس والحسن ابن صالح ومالك واحمد والشافعي فيه قولان
قال المصنف وعلى هذا اجماع الصحابة رضوان الله عليهم يعني الاجماع السكوتي فانه روي عن عمر
وعثمان وزيد ابن ثابت وجابر وابن مسعود رضي الله عنهم ولم يرو عن غيرهم خلافه ولانه يخفى
ان سر بيان التدبير للولد خلاف القياس بالاجماع فلا يقبل فيه اشكال مما ذكر من طرق
الشافعي رحمه الله ولو اختلف المولى والمدبرة في ولدها فقال ولدتيه قبل التدبير وقالت بعده
فالقول للمولى لانها تدعي حق العتق لولدها ولو ادعته لنفسها كان القول لها مع يمينها فلولدها
كذلك والبينة بينتها لاثباتها زيادة حق العتق واعلم انه اذا حلف المولى حلف على العلم لانه
تحليف على فعل الغير وهو ما ادمت من وادتها بعد التدبير بين ذكره في المبسوط في باب
الشهادة في التدبير واعلم انه اذا دبر الحمل دون امه فانه جائز كعتقه دون امه فان ولدته لاقل من ستة
اشهر كان مدبرا والا فلا ولو كانت بين اثنين فدبر احدهما حملها وولدته لاقل من ستة اشهر
فالشريك بالخيار بين التدبير وتضمين المدبر والاستسعاء بعد ان يقدر على السعاية ولو
دبر احدهما امته بطنها بان قال ما في بطنك حر بعد موتي وقال الاخر انت حرة بعد موتي فولدت
لاقل من ستة اشهر بعد كلام الاول فالولد مدبر بينهما لانه كان موجودا حين دبر الاول فتدبر
نصيبه بتدبيرين وتدبير نصيب الاخر بتدبير امه وان ولدته لاكثر من ستة اشهر من الاول
واقل منها من تدبير الام فالولد كله مدبر للذي دبر الام لان ثبوت التدبير فيه بطريق التبعية
للام باعتبار انه كالجزء وفي هذا لا ينفصل بعضه عن بعض فكان كله مدبرا للذي دبر الام
واما الام فنصفها مدبر للذي دبرها وللاخر الخيار بين ان يضمنه نصف قيمتها ان كان موسرا
والولد المدبر لا ضمان لان الضمان انما يلزمه من حين دبر وعلوق الولد يكون في الحكم فلا
يثبت فيه حق الشريك الا بري انها لو زادت في مدة لم يكن للشريك الا تضمين نصف القيمة
وقت التدبير فكذا الزيادة المنفصلة وانما صارت في حكم المستسعاة حين تبين انها
حبلى ان يستسعى والمستسعاة كالمكاتبة تكون احق بولدها واذا دبر ما في بطن امته
لم يكن له ان يبيعها ولا يهبها ولا يرهنها وذكر في كتاب الهبة من الاصل اذا اعتق ما في بطن
امته ثم وهبها جازت الهبة بخلاف ما لو باعها وقيل في المسئلة روايتان والاصح هو الفرق
بين التدبير والعتق بانه اذا دبر ما في البطن لو وهب الام لا يجوز ولو اعتقه جاز هبتها
لان بالتدبير لا يزول ملكه عما في البطن فلو وهب الام فالموهوب متصل بما ليس بموهوب
من ملك الواهب فيكون في هبة المشاع فيما يحتمل القسمة واما بعد عتقه فغير مملوك فلم
يتصل الموهوب بملك الواهب فهو كما لو وهب دارا فيها ابن الواهب وسلم او ولد دبر ما في
بطنها فولدت ولدين احدهما لاقل من ستة اشهر يوم والاخر لاكثر بيوم فهما مدبران
لانهما توءمان وتيقنا بوجود احدهما حال التدبير في البطن ولو دبر ما في بطنها ثم كاتبها
جاز وان وضعت بعد هذا لاقل من ستة اشهر كان التدبير في الولد صحيحا لكنه يدخل
في الكتابة ايضا تبعا للام فاذا ادت عتقا جميعا وان مات المولى قبل ان يودي عتق الولد
بالتدبير وان ماتت الام قبل المولى فعلى الولد ان يسعى فيما على الام لانه دخل في الكتابة
فان مات المولى فالولد بالخيار في اختيار ايهما شاء بالتدبير او باداء الكتابة فيختار الانفع له
فان كان يخرج من الثلث عتق واستسعي عليه كان مقصودة حاصلا ولو قال لامته ولدك الذي في بطنك
ولد مدبري او ولد حرة او دبرته عتقا لم يعتق لان هذا تشبيه وليس بتحقيق فكانه قال انت

مثل الحرة او المدبرة **قوله** وان علق التدبير بموته على صفة مثل ان يقول ان مت من مرضي هذا
مرضي هذا او سفري هذا او سفرك هذا او قتلت او غرقت فليس بمدبر ويجوز بيعه لان التدبيرية
لم تنعقد في الحال للتردد في تلك الصفة هل تقع او لا بخلاف المدبر المطلق لانه تعلق عتقه بمطلق
الموت وهو كائن لا محالة ثم ان مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر يعني من الثلث
لانه ثبت حكم التدبير له في آخر جزء من اجزاء حياته لتحقق تلك الصفة فيه فاذا كان يصير مدبرا فجاز
بيعه بل لا يمكن فاما ما قبل آخر جزء من حياته فلم يكن مدبرا فجاز بيعه وان برء من ذلك المرض او رجع
من ذلك السفر ثم مات لم يعتق لان الشرط الذي علق به قد انعدم واستشكل بما اذا قال ان حر قبل
موتي بشهر ومضى شهر فانه بعد مضي الشهر يعتق بمطلق موت المولى مع انه مدبر مقيد حتى جاز
للمولى بيعه اجيب بانه انما كان كذلك لانه يعتق بالشهر قبل موته كما سيجيء فيجب اعتباره بالعتق للحال
بالعهد وانه لا يثبت حقا للعبد للحال فكذا هنا ولو قال ان قمت او قعدت فانت حر على قول زفر
هو مدبر لان عتقه تعلق بمطلق موته حتى يعتق اذا مات على اي وجه كان وعلى قول ابي يوسف ليس بمدبر
لانه علقه باحد الشيئين من الموت والقتل والقتل وان كان موتا فالموت ليس بقتل وتعليقه
باحد الامرين يمنع كونه عزيمة في احدهما خاصة فلا يصير مدبرا حتى يجوز بيعه وقول زفر
احسن لان التعليق في المعنى مطلق موته لانه لا تردد في كون الكائن احد الامرين من الموت
قتلا او غير قتل فهو في المعنى مطلق الموت كيف ما كان وروى الحسن عن ابي حنيفة اذا قال ان مت
وغسلت فانت حر لا يكون مدبرا لانه علقه بالموت وشيء آخر بعده ثم اذا مات في القياس
لا يعتق وان غسل ما لم يعتقوم لانه ينفس الموت انتقال الى ملكهم فهو كقوله ان مت ودخلت
الدار فانت حر وفي الاستحسان يعتق لانه يغسل عقيب الموت قبل ان يتقدر ملك الوارث
فهو نظير تعليقه بموت بصفة فاذا وجد ذلك يعتق من الثلث بخلاف دخوله الدار لانه
لا يتصل بالموت فيتقدر ملك الوارث فيه كذا في المبسوط **قوله** ومن المجيد ايمان
التدبير المقيد ان يقول ان مت الى سنة او الى عشر سنين فانت حر فان مات قبل السنة
عتق مدبرا والعشر وان مات المولى بعد السنة او العشر لا يعتق ومقتضى الوجه كونه لو مات
في راس السنة يعتق لان الغاية لولاها لكان اول الكلام ما بعدها لانه تنجيز عتقه فيصير حرا
بعد السنة والعشر فيكون للاسقاط ومنه انت حر قبل موتي بشهد او بيوم فانه
مدبر مقيد حتى ملك بيعه وعند زفر مدبر مطلق فلما لم يوجد تعليقه بمطلق موته احتمال
موته قبل شهر فلم يتعلق لتيقن الشرط كما بين لا محاله ولو مات بعد شهر قبل يعتق من الثلث
وقيل من جميع المال لان على قول ابي حنيفة ليستند العتق الى اول الشهر وهو كان صحيحا
فيعتق من كله وعلى قولهما يصير مدبرا بعد مضي الشهر قبل موته **قوله** خلاف ما اذا قال
الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليها في الغالب لانه كالمحال فيكون تدبيرا مطلقا
فلا يجوز بيعه وهذه رواية الحسن عن ابي حنيفة وقال قاضيخان على قول اصحابنا مدبر مقيد
وكذا ذكره في الينابيع وجوامع الفقه لانه لم يخرج عن التعيين وعلى قول الحسن وكره لا يعيش
اليوم غالبا فابيد معنى وهو كما لو خالف في النكاح الموقت اذا سماه مدة لا يعيش اليها
غالبا صح النكاح عند الحسن لانه تابيد معنى والمذهب انه لو قيت فلا يصح والصحيح كالمناقض
فانه في النكاح اعدم توقيتا واطل به النكاح وهنا جعله تابيدا موجبا للتدبير **فروع**
كاتب مدبرا ثم مات وهو يخرج من ثلثه عتق بالتدبير وسقطت عنه الكتابة للاستغناء
عن اداء المال بالعتق الحاصل عن التدبير فان لم يكن له مال غيره فانما عتق ثلثه بالتدبير
ثم لا يسقط عنه شيء من بدل الكتابة في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يسقط ثلث

بدل الكتابه ايضا اعتبار الجزء بالكل وقياسا على ما لو مات سيده او لا ثم دبر ثم مات ولا مال له سواه
فانه يسقط عنه ثلث بدل الكتابه لما عتق بثلثه بالتدبير فكذا اذا سبق التدبير الكتابة
ومعنى قول من يقول المستحق بالتدبير لا يرد عليه عقد الكتابه لانه لو اوفى جميع بدل
الكتابه في حياته يعتق كله ولو كان المستحق بالتدبير لم يرد عليه الكتابه لما عتق بالاداء
ولان استحقاق المدبر ثلثه بالتدبير كاستحقاق ام الولد جميعه بالاستيلاد ولو كاتب ام
ولده صح ووجب المال فعرفنا ان هذا الاستحقاق لا يمنع ورود العقد عليه ولهما طريقان
احدهما ان بدل الكتابه بمقابلة ما دار المستحق بالتدبير لان موجب الكتابه ثبوت مالم يكن
ثابتا في المكاتب والبدل بمقابلته وعرف ان التدبير يوجب استحقاق يتنى له فلا يتصور
استحقاق ذلك بالكتابة فيكون البدل بمقابلة ما وراء ذلك فهو كما لو طلق زوجته ثنتين
ثم طلقها ثلاثا بالف كانت الالف كلها بازاء الطلقة الثالثة الا يرى انه لو خرج كله من الثلث
بطلت الكتابه فاما قبل الموت الكتابة صحيحه لان الاستحقاق بالتدبير غير متقرر بجواز
الايموت الورثة قبله واذا ثبت ان بدل الكتابه بمقابلة ما دار المستحق بالتدبير وسقط ذلك
لم يلزم للعبد بموت المولى الا سقط شئ عنه بخلاف ما لو كاتبه او لان بدل الكتابه هناك
بمقابلة جميع الرقبة فانه لم يكن مستحقا لشئ من رقبته عند الكتابة فاذا عتق بعض
الرقبة بعد ذلك بالتدبير عند الموت سقط حصته من بدل الكتابة والطريق الاخر
ان التدبير وصية برقبته له وهو عين والوصية بالعين لا تنفذ من مال آخر كما لو اوصى لعبد انسان
ثم باعه او قتل انتقد الوصيه في قيمته ولا شئ له من مال الموصي وفي اسقاط بعض بدل الكتابة
هذا فيخرج المسئلة على قول ابي حنيفة فيما اذا دبر ثم كاتبه انه تنجيز بعد موت المولى ان مات
يسعى في جميع بدل الكتابة بجهة عقد الكتابة وان مات يسعى في ثلثي قيمته بالتدبير كان عنده
العتق يتجزى وقد تلقاه جهتا حرية فيختار ايهما شاء وعن ابي يوسف يسعى في الاقل
منها بغير خيار لان العتق لا يتجزى عنده فقد عتق كله والمال عليه ولا يلزمه الا اقل المالين
وعند محمد يسعى في الاقل من ثلثي قيمته ومن ثلثي بدل الكتابة لان ثلثها سقط عنه ولا يتخير
لانه عتق كله ثم ذكر ابو يوسف ولو كاتبه ثم دبر فعند ابي حنيفة رحمه الله يتخير بين ان
يسعى في ثلثي قيمته او ثلثي بدل الكتابه وعندهما يسعى في اقلهما عينا ولو كاتب مدبرته
فولدت ثم مات يسعى الولد فيما على الام لانه مولود في كتابتها فيبقى عقد الكتابه بقيامه
لانه جزء منها ان كانا ولدين فادى احدهما المال كله لم يرجع على اخيه بشئ لانه ما ادى عنه شيا
انما ادى عن الام فان بدل الكتابة عليها وان كسب كل منهما لها حتى لو كانت حية كانت احق به
فكان ما ادى احدهما او كلاهما اداء من مال الام ومثله لو كاتب مدبرين جميعا وكل كفيل عن
الاخر بما اداه وترك احدهما ولدا ولد له في كتابته من امته فعليه ان يسعى في جميع الكتابه لانه
قائم مقام ابيه وانما يسعى لتحصيل العتق لابيه ولنفسه ولا يحصل العتق لابيه الا باداء جميع بدل
الكتابة فلذا كان عليه السعاية في جميع بدل الكتابة

باب الاستيلاد

لما اشترك كل من التدبير وام الولد في استحقاق العتق وتعلقه بالموت وصل بينهما ولما كان
التدبير اسبق قدمه حيث ان العتق به ايجاب للفظ بخلاف الاستيلاد وقدمه عليه فالاستيلاد
مصدر استولد اي طلب الولد وهو عام اريد به خصوص وهو طلب ولد امته اي استلحاقه اي باب بيان
احكام هذا الاستحقاق الثابتة في الام واصله استولاد ومثله يجب قلب واو ياتحبا عاد

وميزان وميقات فصار استيلادا ام الولد تصدق لغة عن الزوجة وغيرها ممن لها ولد
ثابت النسب وغير ثابت النسب وفي عرف الفقهاء اخص من ذلك وهي الامة التي ثبت نسب
ولدها من مالكها او بعضه **قوله** واذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت ام ولد له
يعني اذا ثبت نسبه منه وليس ولادتها منه مستلزما لثبوته في العبارة قصور وذلك
انه لا يريد انها اذا ولدت منه صارت ام ولد بالمفهوم اللغوي بل بالاصطلاحي الفقهي وكذا
رتب عليه الاحكام المذكورة حيث قال لا يجوز بيعها ولا تمليكها ولا هبتها انتهى بل اذا مات
ولم تجز عتقها تعتق بموته من جميع المال ولا تسعى لغرمائه ولو كان السيد مديونا مستغرقا
وهذا مذهب جمهور الصحابة والتابعين والفقهاء الا ان لا يعتد به كبشر المريسي وبعض الظاهرية
فقالوا لا يجوز بيعها واحتجوا بحديث جابر قال كنا نبيع امهات الاولاد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
وابي بكر فلما كان عمر نهانا عنه فانتهينا رواه ابو داود وقال الحاكم على شرط مسلم وآخرج النسائي
عن زيد العمي الى ابي سعيد الخدري كنا نبيعهن في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صححه الحاكم واعله
العقيلي بزيد العمي وقال النسائي زيد العمي ليس بالقوي ونقل هذا المذهب عن الصديق وعلي
وابن عباس وابن مسعود وزيد ابن ثابت وابن الزبير لكن عن ابن مسعود بسند صحيح وابن عباس
عتق من نصيب ولدها ذكره ابن قدامه فهذا يصح رجوعا الى تقدير صحة الرواية الاولى عنهما
واستدل بعضهم للجمهور بما في ابي داود من طريق محمد بن اسحق عن خطاب بن صالح عن امه عن
سلامة بنت معقل امراة من خارجة قيس غيلان وذكر البيهقي انه احسن شئ روي عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم في هذا قالت قدم بي عمي في الجاهلية فباعني من الحباب بن عمرو اخي ابي
اليسر بن عمرو فولدت له عبد الرحمن بن الحباب ثم هلك فقالت امراته الان والله تباعين
في دينه فاتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله اني امراة من خارجة قيس غيلان
قدم بي عمي المدينة في الجاهلية فباعني من الحباب ابن عمرو اخي ابي اليسر بن عمرو فولدت
له عبد الرحمن فمات فقالت لي امراته الان تباعين في دينه فقال صلى الله عليه وسلم من ولي
الحباب قيل اخوه ابو اليسر كعب ابن عمرو فاتيت اليه فقال اعتقوها فاذا اسمع برقيق
قدم علي فاتوني اعوضكم قالت فاعتقوني وقدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم رقيق فعوضهم
مني غلاما وانا ارجو ان هذا بدل على انها تعتق بحر دسوته بل على انه سالم ان يعتقوها
ويعوضهم لما استرقت قليه صلى الله عليه وسلم لم يعد انها لا تعتق والا بين الحكم الشرعي
في ذلك من انها عتقت ولم يامرهم بعتقها بعوض يقوم هو صلى الله عليه وسلم به لم يلزم محتمل
ان يراد باعتقوها خلوا سبيلها كما فسره البيهقي وان العوض من باب الافضل منه صلى الله عليه وسلم
لكن هذا احتمال غير الظاهر والعرف للظاهر فلا يصار اليه بدليل من خارج يوجبه
ويعينه على ذلك ما ذكر المصنف عنه صلى الله عليه وسلم انه قال في مارية القبطية رضي الله عنها
اعتقها ولدها وهو حديث رواه ابن ماجه عن ابن عباس قال قال ذكرت ام ابراهيم عند رسول الله
صلى الله عليه وسلم فقال اعتقها ولدها وطريقه معلول بابي بكر بن عبد الله ابن ابي سبرة وحسين بن عبد الله
بن عبيد الله بن عباس وبسند بن ماجة رواه بن عدي في الكامل لكن اعله بابن ابي سبرة
فقط فانه يرى ان حسينا ممن يكتب حديثه واخرج بن ماجة ايضا عن شريك عن حسين
ابن عبد الله عن عكرمة عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ايما امة ولدت من سيدها
فهي حر بعد موته ورواه الحاكم في المستدرك وقال صحيح الاسناد وهذا نوفيق لحسين بن عبد الله
ورواه ابو يعلى الموصلي في مسنده حدثنا زهير حدثنا اسمعيل بن ابي اويس حدثنا ابي عن حسين
بن عبد الله عن عكرمة عن ابن عباس عنه صلى الله عليه وسلم قال ايما امة ولدت من سيدها فانها حرة اذا مات

الا ان يعتقها قبل موته رواه احمد عن ابن عباس عنه صلى الله عليه وسلم ايما رجل ولدت منه امته فهي معتقة عن دبر منه والطرق كثيرة بهذا المعنى ولذا قال الاصحاب انه مشهور تلقته الامة بالقبول واذا قد كثرت طرق هذا المعنى وتعددت واشتهرت فلا يضر وقوع راو ضعيف فيه مع ان ابن القطان قال في الكفاية وقد روي باسناد جيد قال قاسم ابن اصبغ في كتابه حدثنا محمد بن وضاح حدثنا مصعب بن اسعد ابو خيثمة المصيصي حدثنا عبد الله بن عمر وهو الرقي عن عبد الكريم الجزري عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال لما ولدت مارية ابراهيم قال صلى الله عليه وسلم اعتقها ولدها من طريق ابن اصبغ رواه ابن عبد البر في التمهيد وهما بذلك على صحته حديث اعتقها ولدها ما قال الحفاظ في ثبت انه صلى الله عليه وسلم قال انا معاشر الانبياء لا نورث ما تركناه صدقة فلو كانت مارية لم تبع وصارت منها صدقة وعنه صلى الله عليه وسلم انه نهى عن التفريق بين الاولاد والامهات وفي بعض تفريق واذا ثبت قوله اعتقها علم اخره وهو مناجزة للموت اجماعا وجب تاويله على مجاز الاول فثبت في الحال مولجب العتق من امتاع تملكها وروى الدارقطني عن يونس ابن محمد عن عبد العزيز بن مسلم عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع امهات الاولاد فقال لا يبعن ولا يوهبن ولا يورثن يستمتع بها سيدها ما دام حيا فاذا مات فهي حرة ثم اخرجه بسنده فيه عبد الله بن جعفر عن عبد الله بن دينار واسمه ابن عدي بعبد الله ابن جعفر بن نجيح المديني واسند تضعيفه عن النسائي وغيره ولينه هو وقال يكتب حديثه ثم اخرجه عن احمد بن عبد الله العنبري حدثنا معتمر عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر موقوفا عليه واخرجه ايضا عن فليح بن سليمان عن عبد الله ابن دينار عن ابن عمر عن عمر موقوفا قال ابن القطان هذا حديث عن عبد العزيز بن مسلم القسملي وهو ثقة عن عبد الله بن دينار عن عمر واختلف عنه فقال عنه يونس بن محمد وهو ثقة وهو الذي رفعه فقال عنه يحيى ابن اسحق وفليح ابن سليمان عن عمر لم يجاوزوه وكلهم ثقات وهذا كله عند الدارقطني وعند ان الذي اسنده حفيد من وقفه واخرج مالك في الموطا عن نافع عن ابن عمر عن عمر ابن الخطاب قال ايما وليدة ولدت من سيدها فانه لا يبيعها ولا يهبها ولا يورثها وهو يستمتع منها فاذا مات فهي حرة وهكذا رواه سفيان الثوري وسليمان ابن بلال وغيرهما عن عمر وهو ليستمتع منها فاذا مات موقوفا واخرج الدارقطني من طريق عبد الرحمن الافريقي عن سعيد ابن المسيب ان عمر اعتق امهات الاولاد وقال اعتقهن رسول الله صلى الله عليه وسلم والافريقي وان كان غير حجة فقد تقدم ما يعضد رفعه مع ترجيح ابن القطان فثبت الرفع بها قلنا ولا شك في ثبوت رفعه على عمر وذكر محمد في الاصل حديث سعيد بن المسيب قال امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بعتق امهات الاولاد من غير الثلث وقال لا يبعن في دين وعدم مخالفة احد لعمر حين اعتق بمحضر وامير فانعقد اجماع الصحابة على عدم بيعهن فهذا يوجب احد الامرين اما ان ما كان من بيع امهات الاولاد في زمنه صلى الله عليه وسلم لم يكن بعلمه وان كان مثل قول الراوي كنا نفعل في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم حكمه الرفع لكن ظاهر الانقطاع فاذا قام دليل في خصوص منه على عدمه وجب اعتباره واما انه كان بعلمه وتقريره ثم نسخ ولم يظهر الناسخ لابي بكر رضي الله عنه لقصر مدته مع اشتغاله فيها بحروب مسيلمة واهل الردة وما في الزكاة ثم ظهر بعده كما عن ابن عمر كنا نخابر اربعين سنة ولا نرى بذلك باسا حتى اخبر نا رافع بن خديج انه صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة فتركناها وايا كان وجب الحكم الان بعدم جواز بيعهن هذا اذا اقتضى النظر على الموقوف فاما بملاحظة المرفوعات المتعاضدة فلا شك وما يدل على ثبوت ذلك الاجماع ما اسنده عبد الرزاق انا معمر عن ايوب عن ابن سيرين عن عبيدة السلماني قال سمعت

عليا يقول اجتمع رأيي ورأي عمر في امهات الاولاد الا يبعن ثم رأيت بعد ان يبعن فقلت له فرأيك ورأي عمر في الجماعة احب الي من رأيك وحدك في الفرقة فضحك علي رضي الله عنه واعلم ان رجوع علي رضي الله عنه يقتضي انه يرى اشتراط انقراض العصر في تقرر الاجماع والمرجح خلافه وسئل داود عن بيع ام الولد فقال يجوز لانا اتفقنا على جواز بيعها قبل ان تصير ام ولد فوجب ان يبقى كذلك اذ الاصل في كل ثابت دوامه واستمراره وكان ابو اسعيد البردعي حاضرا فعارضه فقال قد زالت تلك الحالة بالاتفاق وامتنع بيعها لما صارت بولد سيدها والاصل في كل ثابت دوامه فانقطع داود وكان له ان يجيب ويقول الزوال كان بمانع عرض وهو قيام الولد الحر في بطنها وزال بانفصاله فعاد ما كان فينبغي ان يثبت المزيل قوله وان الجزئية قد حصلت بين الوطي والموطوءة بواسطة الولد فان الماءين اللذين خلق منهما قد اختلطا وهو جزء بحيث لا تمييز وهذه الجزئية وان زالت بانفصال الولد لكنها بقيت حكما ولم تنقطع لان تلك الجزئية اوجبت نسبة اليه بواسطة الولد وبالانفصال تقرر ذلك حتى قبل ام ولده فقد بقي اثرها سترعا اليه والى اشارة عمر رضي الله عنه فيما رواه محمد بن قارب قال اشتري ابن امة من رجل قد اسقطت منه فامر عمر رضي الله عنه برده وقال ابعد ما اختلفت لحومكم بلحومهن وعظامكم بعظامهن لا ان السبب يضعف بالانفصال فاوجب حكما موجلا الى الموت ولما ورد على هذا التقرير ان مقتضاه ان المرأة الحرة لو ملكت زوجها العبد بعد ما ولدت له انه يعتق بموتها لان النسبة الكائنة بتوسط الولد مشتركة بينها لكل من الام والاب قسطها اجاب المصنف بقوله ان بقية الجزئية حكما بعد الانفصال انما هو باعتبار النسب لانه لم يبق بعد الانفصال سواه والنسب للرجال اي الى الآباء لا الى الامهات فكذا الجزئية التي تبقى على النسب بالجهة المهملة تثبت للنساء في حق الرجال لان النسب الهين فتفرع عليه ان الحر لو تزوج امة فولدت له ثم اشتراها صارت ام ولد له تعتق بموته دون العكس اذ ليس النسب الهين فيتفرع عليه ما لو ملكت الحرة زوجها العبد بعد ما ولدت له لا يعتق بموتها ولما تعلق بالاخر بالنسب لم يثبت الا بموته بدونه فلو ولدت امة لرجل بزنى ثم ملكها كانت ام ولد له فلا تعتق بموته وارد عليه ما ذكره في دعوى الاصل امة بين رجلين ولدت ولدا فقال كل منهما لصاحبه هو ابنك لا يكون ابن واحد منهما وهو حر وامه بمنزلة ام الولد موقوفة عليهما واحد منهما فقد ثبتت الامومة بلا ثبوت نسب اجيب بانه قد ثبت النسب في الجملة فانهما اتفقا على ثبوت نسبه ولذا كان حرا فلم يثبت دون نسب والحق ان ثبوت الامومة في نفس الامر لا يكون الا بالثبوت النسب واما ثبوته ظاهرا في القضاء فقبل من ثبت نسب الولد والاقرار به وان ابيت لما سيجيء فيما اذا ادعى ولد ام ولده الزوجة قوله وبثبوت عتق الى اخره يعني قد ثبت باذكرنا انه يثبت لها عتق موجل ويلزم من ثبوت عتقها موجلا ان يثبت لها في الحال حق العتق فيمتنع بيعها واخراجها الى الخدمة ولقائل ان يقول ثبوت العتق الموجل الى اجل معلوم ثابت في قوله اذا جاء راس الشهر فانت حر ومع ذلك لم يمتنع البيع قبل ان يبيعه قبل ان يلزم من ثبوت العتق الى اجل معلوم الوقوع ثبوت استحقاقها في الحال بل عند حلول الاجل فالحق ان استحقاقها في الحال للعتق عند الموت ليس لاحكم النص حيث صرح النص بانهن لا يبعن ولا يوهبن لمعنى الجزئية التي اشار اليها عمر رضي الله عنه قوله وكذا كان بعضها مملوكا له والبعض الاخر مملوكا لغيره بان كانت مشتركة بين اثنين فادعى احدهما ولدها ثبت نسبه وتصير ام ولد له فهذا ان كان وقع التشبيه في احدهما وهو امومة الولد لانه ليس يسبق لثبوت النسب ذكر فتقصر التعليل عليه وهو قوله لان الاستيلاء يتجزى اي فيما يمكن نقل الملك فيه

وهي الفتة فتصير كام الولد ويغرم قيمة نصيب شريكه له بخلاف ما اذا وقع فيما لا يقبل النقل
كالمدبرة فانها تجزي ضرورة عدم قبوله للنقل فيقتصر بالضرورة فلذا قد مته في باب العبد
يعتق بعضه انه لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه فلا تناقض فصار الحاصل ان الاستيلاد
لا يجزي اي لا يكون معه بعض المستولدة مملوكا لغير المستولد لا لضرورة لانه مبني على ثبوت
النسب وهو لا يجزي واما احتمال ان يكون فيه روايتان فبعيد لما قال المصنف انه يجزي في
باب العبد يعتق بعضه لم يجعل اثم الا فيما اذا استولد نصيبه من مدبرة واما تعليل ثبوت النسب
فانما هو بوجود الدعوة في المملوكة والاتفاق على ان ملك البعض يكفي لصحة الاستيلاد **قوله**
وله وطؤها واستخدامها واجارتها ونزوجها لان الملك قائم فيها وهو مطلق لهن الامور فامتنعت المدبرة
ومنع مالك اجارتها فبيعها وهو بعيد وامتناع البيع لتعلق حق الرقبة لا غير وهو منتف في الاجارة
ويملك كسبها واعتاقها وكتابتها واورد ينبغي ان لا يملك تزوجها لان توهم شغل رحمها بالمولى
قائم وتوهم الشغل مانع من النكاح كما في المعتدة غير ان المعتدة حل لا الشرع حالا حكم فيه بالفراغ
فجاز نكاحها عند وجوده ولم يجعل لام الولد مثل سوا الاستبرا فكان ينبغي ان لا يصح واجيب بان
جواز النكاح كان ثابتا قبل الوطي ورفع الشك بوجوه فلا خروج بالشك بخلاف المعتدة فانها
قد تحقق خروجها عن محلية نكاح الغير فلا تعود الا بموجب وحمل الشارع انقضاء العدة الدال
على الفراغ حقيقة فلا تتزوج قبله ولقايل ان يقول اذا سلم ان احتمال الشغل مانع وكان شك في
ثبوته بعد الوطي لم تحقق خروج الجواز لا وقوع الشك فيه كالعدة وجب ان لا يزوجها الا بعد
استبرائها والمذهب جوازه قبل الاستبرا وانما هو بعده افضل واعلم ان المسئلة ذكرها المصنف
في فصل المحرمات من كتاب النكاح حيث قال وان زوج امرأته وهي حامل منه فالنكاح باطل
لانها فراش لولدها حتى يثبت نسب ولدها منه بلا دعوة فلو صح النكاح حصل الجمع بين
الفراشين الا انه غير متاكد حتى ينتفي ولدها باللعن من غير لعان فلا يعتبر بما لا يقبل به الحمل
فافاد ان المانع من صحة النكاح ليس الا الجمع بين الفراشين لا توهم الشغل وهذا حق لما عرف
من مسئلة ما افاد اني امرأة تزوجها حيث يصح النكاح ويحل الوطي مع ان احتمال الشغل
ثابت لكن لما كان الحمل من الزنا ليس ثابت النسب جاز النكاح والوطي لا شغال الجمع بين الفراشين
وكذا جاز عند ابي حنيفة ومحمد تزوج الحامل من الزنا لا شغال العراش غيره لا يحل وطيها اذا
كان الحمل من غيره حتى تضع وامتناع نكاح المهاجرة الحامل لثبوت نسبه دون غيرها وحينئذ
فالجواب الحق مع كون احتمال الشغل بالماء مانعا فكذا جاز النكاح عقيب وطي وان كان لا يستحب
او يجب الاستبرا انما المانع الجمع بين العراشين القويين وفراش الولد ليس قويا على ما
صرح به في المسئلة فلا يكون مانعا مما لا يقبل به الحمل بخلاف المعتدة فانها فراش حال العدة
الا ترى انها معينة لثبوت نسب ما تاتي به فيخ تزوجها جمع بين العراشين **فرع** اذا باع
جارية ام ولده مثلا عتقت كما اذا باع رقبة العبد منه وعن ابن سماعة عن ابي يوسف لا يعتق
بخلاف بيع رقبتها منه حيث تعتق **قوله** ولا يثبت نسب ولدها ابي ولد الامة ام الولد
رجع الى المذكور اول الباب في قوله اذا ولدت الامة من مولاها فلا يثبت نسبه الا ان
يعترف به وان اعترف بوطيها وهو قول الثوري والبصري والشعبي ومروي عن عمر
وزيد ابن ثابت مع العدل وقال ابن ابي ليلى ومالك واحمد رحمهم الله يثبت اذا اقر بوطيها
وان عزل عنها الا ان يدعي انه استبرا بعد الوطي بحيضة وهو ضعيف فانهم زعموا انها
بالوطي صارت فراشا كالنكاح وفيه يلزم الولد وان استبرا لما مر ان الحامل تحيض عند مالك
والشافعي فلا يفيد الاستبرا وهم ينفصلون عن هذا بان الغالب الا تحيض والاسر لا استبرا

اعتبار اللغالب فيحكم عند وجوده بعدم الحمل حكما بالغالب ولو وطيها في دبرها يلزمه الولد عند
مالك ومسلم عن احمد وهو وجه ضعيف للشافعية لانه لما ثبت هذا وجه قول الجمهور في
ان النسب يثبت بما تاتي به الامة بمجرد وطيها وهو انه لما ثبت النسب بعقد البالغ حتى يثبت
نسب ما تاتي به المنكوحة بعد العقد وان لم يحل الوطي لوجوده بعد المضي لحل الولد فثبوته
بعد وطي البالغ وانه اكثر اقضاء لحل وجود الولد اولى وانما قيدنا بالبالغ لان الزوج الصبي
لا يثبت به نسب وان كان بعقد وضع الولد ولنا ان وطي الامة يقصد به نفي الشهود
لوجود الحامل من قصده وهو سقوط نقوم عند ابي حنيفة ونقصانه عندهما فكان الظاهر
عدم قصده فكان الظاهر العزل وبه يندفع ما قيل فلا يلزمه بمجرد الوطي وما قيل الوطي
قد يقصد به وقد لا يقصد به فلا يتعين عدمه قلنا لا يتعين وجوده كما علم فيبقى على الاصل
من العدم واعلم ان اصل الدليل فيه المنقول من حديث عايشة رضي الله عنها قال اختصم سعد
ابن ابي وقاص وعبد ابن زمعة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يعني في ابن وليدة زمعة فقال
سعد يا رسول الله ابن اخي عتبة ابن ابي وقاص عهد الي انه ابنه انظر الى شبهه وقال عبد
ابن زمعة هذا اخي يا رسول الله ولد على فراش ابي فنظر رسول الله صلى الله عليه وسلم الى شبهه فراى
شبها بينا بعتبه فقال هو لك يا عبد بن زمعة الولد للفراش وللعاهر الحجر واحتجبي منه
يا سودة فلم تره سوده قط رواه الجماعة الا الترمذي واجيب بانه صلى الله عليه وسلم انما قضى به
لعبد ابن زمعة لانه عبد له ورثه على انه اخوه ولذا قال هو لك ولم يقل هو اخوك وقال
احتجبي منه يا سوده ولو كان اخا لها بالشرع لم يجب احتجابها منه فهذا دفع بالتقا لازم الاخوة
شرعا والاول بالتقا نفسه ويدفع الاول لان في رواية اخرى هو اخوك يا عبد واما الامر بالاحتجاب
فلما راى من الشبه البين بعتبه ويدفع الاول بان هذه الرواية حينئذ معارضة لرواية هو
لك وهي ارجح لانها المشهورة المعروفة فلا تعارضها ان اذة والشبه انما يوجب احتجاب احتياطا
منه والا فوجب الارث وجوبا مستمرا ان كل من اشبه غير ابيه الثابت لشبهه منه يجب حكما
للشبه احتجاب اخته وعمته وبنته لابيه منه وهو منتف شرعا واذن قوله الولد للفراش ينفي
به نسبه عن سعد بانه ابن اخيه وعن عبد بانه اخوه يعني الولد للفراش وكافر لواحد من عتبه وزمعه
فهو حينئذ عبدك يا عبد ميراث لك من ابيك واعلم انه روي عند الامام احمد اما الميراث فله
واما ان فاحتجبي منه فانه ليس لك باخ فتقصر بحه بانه ليس اخا لها يفيد انه ليس اخا لعبد
بن زمعة وهو تقوي معارضة رواية هو اخوك وقوله اما الميراث فلم يفد انه اخوها فاما
ان يحكم بضعف الحديث لتدافع معناه او يجمع بان المثبت الاخوة ادعيه والمنفي الاخوة
الحقيقية وهو ان يلحقا من ماء رجل واحد وان الحكم الشرعي في عدم الاحتجاب ان يترتب
على الاخوة معنى التحلق من ماء شخص واحد مع ثبوت النسب منه الا ان هذا يتعذر الوقوف
عليه فاعتبر ثابتا بثبوت النسب ما لم يعارضه شبه غير المنسوب كما هو في الصورة
المرويه ثم يحمل هذا اذ ليس حكما مستمرا على ما ذكرنا ظاهرا بازواج رسول الله صلى الله عليه وسلم
ان حجابهن منيع وقد قال تعالى لهن لستن كاحد من النساء وعلى هذا يجب حمل الوليد
على انها كانت ولدت لزمعة قبل ذلك ويكون قوله الولد للفراش يعني ام الولد وحينئذ
معنى قوله هو لك اي مقضي به لك ويكون المراد انه اخوك كما هو الرواية الاخرى واما ما نقل
من عمر ابن الخطاب رضي الله عنه انه قال ما بال رجال يطؤن ولائدهم ثم يعتزلونهن لا تاتيني
وليدة يعترف سيدها انه قد ألم بها الا الحقت به ولدها فاعتزلوا بعد ذلك او اترکوا رواه
الشافعي رحمه الله معارض بما روي عن عمر رضي الله عنه انه كان يعزل عن جاريته فجاءت بولد

اسود فتق عليه فقال لمن هو فقالت من راعي الابل فحمد الله واثنى عليه ولم يلتزمه واسند
الطحاوي عن عكرمة عن ابن عباس انه كان يأتي جارية فحملت فقال ليس مني ابتاعها انسان
يريد به الولد وعن زيد ابن ثابت انه كان يطأ جارية فارسيه ويعزل عنها فجاءت بولد فاعتق
الولد وجلدها وعنه انه قال لها ممن حملت فقالت منك فقال كذبت ما وصلت مملوكا منه
الحمل ولم يلتزمه مع اعترافه بوطئها والمروي عن عمر من قوله انه يلحق الواطئ مطلقا جار لكونه
على من بعضهم انكار من يجب عليه استحلافه وذلك انا بينا ان الواطئ اذا لم يعزل وحصنها وجب
عليه الاعتراف به فقد يكون علم من الناس انكاره اولاد الاماء مطلقا فقال لهم اني ألحق بكم اياهم
مطلقا واما من علم منه الاعتدال في الامر بان يعترف ممن يجب عليه الاعتراف به ومتى لم
يجب عليه نفيه او يجوز فانه لا يتعرض له **قوله** فان جاءت بعد ذلك بولد بعد ان اعترف بولدها
الاول ثبت نسبه بغير اقرار لانه بالاعتراف بالولد الاول تبين كون الولد مقصودا من الوطي فصار
فراشا وبهذا تبين ان الاولى في تعريف الفراش كون المرأة مقصودا من وطيها الولد ظاهرا كما في ام
الولد فانه اذا اعترف به فقد يكون قصد لئلا ذلك او ضاع شرعيا كالمنكوحة وان لم يقصد الولد ثبت
نسب ما تأتي به وظهر ان لبس الفراش ثلاثة كما تقدم في فصل المحرمات بل فراش قوي هو فراش المنكوحة وضعيف
وهو فراش ام الولد بسبب ان ولدها وان ثبت نسبه بلا دعوة ينتفي بمجرد نفيه بخلاف المنكوحة
لا ينتفي نسب ولدها الا باللعان وقد صرح المصنف فيما تقدم ان الامة ليست بفراش لولدها وذلك
لعدم التصديق حد الفراش عليها وهو كون المرأة متهيئة لثبوت نسب ما تأتي به او كونها يقصد
بوطيها الولد لما اخترناه ومن الدلالة على ضعفه كونه ملك تظلم بالتزويج بخلاف المنكوحة وعلى
هذا ينبغي ان لو اعترف فقال انما قصدت الولد عند مجيء الولد ان يثبت نسب ما اتت به وان لم
يقل هو ولدي لان ثبوته يقوله هو ولدي بناء على وطيه حينئذ لقصد الولد وعلى هذا قال بعض
فضلاء الدرس ينبغي انه اذا اقر انه كان لا يعزل عنها وحصنها ان يثبت نسبه من غير توقف
على دعواه وان قنا توجب عليه في هذه الحالة الاعتراف به فلا حاجة الى ان نوجب عليه الاعتراف
ليعترف فيثبت نسبه بل يثبت نسبه ابتداء والظن الابعد في ان يحكم على المذهب بذلك المبسوط
وانما ملك نفيه اي نفي ولد ام الولد اذا لم يقض القاضي به لدم تطاول الزمان فاما بعد القضاء
فقد لزمه بالقضاء فلا يملك ابطاله والتطاول دليل اقراره لانه يوجد منه فيحكم دليل اقراره
من قبول التهنئة ونحوه فيكون كالتصريح باقراره واضلائهم في التطاول سبق في اللعان هذا
وانما يثبت نسب ما تأتي به في حال وطيها له بعد الولد اما لو عرض من بعده حرمة موبدة بان وطيها
ابو سيدها او ابنه او وطيها السيد اما او ابنها او حرمت عليه برضاع او جناية فانه لا يثبت نسبه
لانا بينا قبله ولا يخفى انه يجب ان يفصل بين ان تأتي به لاقل من ستة اشهر من حين عروض الحرمة
او لما فوقها فعلى الاول يجب ان يثبت نسبه بلا دعوة للتيقن بان العلوق كان قبل عروض الحرمة
ولو اعتق ثبت نسب ولدها الى ستة اشهر من يوم الاعتاق وكذا اذا مات لانها معتدة ويمكن بقاء
كون فراشها تاكد بالحرية حتى لا يملك نقله تأمل فتحقق فراش المنكوحة في العدة بخلاف ما لو عرضت
الحرمة بحيض او نفاس او صوم او احرام حيث يثبت نسبه بالسكوت لان الفعل لم يحرم
مطلقا وانما تعلق باختيارها بل مع ذلك العارض الذي عرض باختيارها المنقضي عادة بلا اختيار
قوله وهذا الذي ذكرناه يعني من عدم لزوم الولد وان اعترف بالوطي ما لم يدعه حكم اي
في القضاء يعني لا يقضى عليه بثبوت نسب منه بلا دعوة فاما الديانة فيما بينه وبين ربه تعالى
فالمروي عن ابي حنيفة انه ان كان حين وطيها لم يعزل عنها وحصنها عن مظان ريبة الزنا لزمه

من قبل الله تعالى ان يدعيه بالاجماع لان الظاهر والحالة هذه كونه منه والعمل بالظاهر واجب
وان كان عزل عنها وحصنها او لم يعزل ولكن لم يحصنها فترك ان تدخل وتخرج بلا رقيب مأمون جاز له
ان ينفيه لان هذا الظاهر وهو كونه منه بسبب ان الظاهر عدم زنى المسلمة بقابله اي يعارض
ظاهر اخر وهو كونه من غيره لوجود احد الدليلين على ذلك وهما العزل او عدم التحصين وبهذا ظهر ان
لفظ او في قوله وان عزل عنها او لم يحصنها فله ان ينفيه بمعنى الواو ولتنصيصها على المراد وصرح في المبسوط بذلك حيث
قال فاما اذا عزل عنها او لم يحصنها فله ان ينفيه انتهى ولا شك في ان كونه من غيره عند ضبطه العزل
ظاهر واما ظهور كونه من غيره اذا افضى اليها ولم يعزل عنها محل نظر بل اورد ان المصنف علل وجوب العمل
بالتقاء الختانين من غير انزال بانه سبب لانزال وغفله يتغيب عن بصره وقد يخفى عليه لقلة فهم مقامه
ومقتضى هذا ثبوت النسب بعد الوطء وان لم ينزل والتناقض واضح اذ معنى انه احد سببي ثبوت نسب ما تأتي
به الامة مجرد غيبوبة الحشفة بلا انزال بل انه ثبت عزل عنها او لم يعزل وهذا فرع الانزال وحينئذ
فالمذكور في الغسل بيان حكم النفي فانه قد نص على ايجاب الغسل لمجرد الايلاج فظهر من الشرع فيه غاية
الاحتياط ولم يثبت من الشرع مثله في الاستحقاق بل لا يجوز ان يستلحق نسب من ليس منه كما لا يجوز ان لا يستلحق
نسب من ليس منه فكان الاستلحاق مبنيا على اليقين او الظهور الذي هو قائم مقام ما يوجب شكا
قوله وفيه روايتان احداهما عن ابي يوسف ومحمد ذكرها في المبسوط فقال وعن ابي يوسف اذا وطئها
لم يستبرئها بعد ذلك حتى جاءت بولد فعليه ان يدعيه سواء عزل عنها او لم يعزل حصنها او لم يحصنها حسنا
للظن بها وحملا لامرها على الصلاح ما لم يتبين خلافه وهذا المذهب الشافعي والجمهور لان ما ظهر سببه
يكون محالا عليه حتى يتبين خلافه وعن محمد لا ينبغي ان يدعي ولدها اذا لم يعلم انه منه ولكن ينبغي الولد
وفي الايضاح ذكرها بلفظ الاستحباب فقال قال ابو يوسف احب ان يدعيه وقال محمد احسن ان يعتق
الولد وعبارة المبسوط تفيد الوجوب **قوله** فان زوجها المولى فجاءت بولد يعني من الزوج فهو في حكم امة
حتى لا يجوز للسيد بيعه ولا هبته ولا رهنه ويعتق بموته من كل المال ولا يسعه لاحد وله استخدامه واجارته
لانه اذا كان جارية لا يستمتع بها لانه وطء امها وهن اجمعيه وهي واردة على العلاقة حتى قال
هو في حكم امة وهذا لان الصفات الغالبة في الامهات تسري الى الولد لانه جزء منجدث الولد
على صفتها كالسواد والبياض وهذا لان ولد الفحل حر وان كان ابوه مملوكا لغيره ولو ادعاه ثبت
نسبه منه لانه ثابت النسب من الزوج لان فراشه اقوى فان كان نكاح فاسد فانه يلحق بالصحيح
في حق الاحكام وهذا اذا اتصل به الدخول والنسب لا يتجزأ ثبوتا فلا يثبت من الوجه والاوجه الاقتصار
على قوة الفراش لا يثبت مع المرجوح والا فالولد يثبت من اثنين كما سيذكر وقول المصنف ان
الفراش له يقتضي فان جاءت به لاقل فمن السيد والنكاح فاسد وليستحب بل يجب الا يزوجها
حيث يستبرئها تحصينا احتياطا ولو لم يفعل صح النكاح ويثبت نسب الولد من الزوج ثم يعتق
بدعوة المولى ان لم يثبت نسبه منه لاقراره بحريته حيث اعترف انه ابنه من امته فيلحق
حرا كما تقدم غير انه عارضه في ثبوت النسب منه معارض اقوى منه فلم يثبت نسبه به
ولم يعارضه في ثبوت الحرية ذلك فاخذ بزعمه ولم يستحسن قول المصنف وتصير ام ولد له
لان الكلام في تزويج ام الولد وانما يحسن لو كان في تزويج الامة التي ليست ام ولد كما يصون
المذكور في المبسوط زوج امته من عبده فولدت فادعاه لا يثبت نسبه منه ولكن يقر
ام ولده يعتق بموته لانه اقر لها بحق الحرية وقد تعلق له ان قوله وولد الفحل فتزوجها
وما بعده بناء عليه فكانه قال ولد الفحل فتزوجها موطوءة حينئذ
يستقيم الا انه خلاف الظاهر لانه انما ذكر لبيان سراية وصف الام الى الولد فيكون بين ام
الولد بمنزلتها فان قيل فكيف ثبت ابوة الولد مع عدم ثبوت النسب وهي مبنية

عليه اجيب بان مجرد الاقرار بالاستيلاد كاف لثبوت الاستيلاد وان كان فيه ضمن ما لم يثبت وهذا يؤذن
ومع احتمال كونه من السيد قائم لجوازه بوطئ قبل النكاح الا انه لم يظهر لهذا الاحتمال في حق
ثبوت النسب لثبوته من الزوج فبقي معتبرا في الاحكام كما جاء في الامومية الموصلة الى العتق
قوله واذا مات المولى عتقت يعني ام الولد من جميع المال لحديث سعيد ابن المسيب
ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بعتق امهات الاولاد والابيعن في دين ولا يحسبن من الثلث وفي
نسخة مكان لا يبعن لا يسعين وهو الموافق لقوله لما روينا **قوله** لانه عليه السلام نفى السعاية
عنها حيث قال فيه لا سعاية عليها اخرج لما روينا اي انه صلى الله عليه وسلم نفى السعاية عنها حيث
قال وان لا يسعين وما قيل ان لا يبعن بدل على عدم وجوب السعاية لان عدم جواز البيع يدل
على عدم المالية اخره معوض بالمدبر ثم لم يعرف هذا الحديث والشيخ جمال الدين الزيلعي
بعد ذكره انه غريب قال وفي الباب احاديث وساق كثيرا منها قد منا ما ليس فيه زيادة على انها
املك وعتق بالموت ولا يخفى ان كلا منها غير المقصود فان المقصود انها تعتق من كل المال وليس في
شيء منها ذلك فان عتقها لا يستلزم كونه من كل المال كالمدبر يعتق بالموت ولا يكون من كله وقد رواه
عبد الملك بن حبيب المالكي عن سعيد ابن المسيب الا ان جماعة تكلموا في عبد الملك **قوله** وان
الحاجة الى الولد اصليه كحاجته الى الاكل اي وحاجته الى امه مسادية لحاجة الى الولد ولهذا
جاز استيلاده دايرية انه بغير اذنه كحاجته الى وجود نفسه كما جاز له اكل ماله للحاجة وحاجته
الاصليه مقدمة على الدين فلا تسعى للغرماء وعلى الارث فلا تسعى للورثة فيما زاد على الثلث
اذا لم يخرج منه فصار اعتاقها كالدفن والتكفين بخلاف التدبير لانه وصية بما هو من زوايد
الحوايج لان الاصليه اذا ليس ثم نسب ولد يتبعه امومة فلا يقدم عتق المدبر على الدين ولا
على حق الورثة فيعتق من الثلث فان لم يسعه سعى في باقي قيمته ولو كان دين السيد مستغرقا
سعى في كل قيمته على ما سلف **قوله** ولانها اي ام الولد ليست مالا متقوما عند ابي حنيفة
على ما تقدم حتى لا يضمن بالغصب عنده يعني اذا ماتت عند الغاصب حتف انفها بخلاف المدبر
اذا مات عند الغاصب فانه يضمن ولذا لا يضمن بالعيب في البيع الفاسد ولا بالاعتاق
بان كانت ام ولد بين اثنين فاعتق احدهما لا يضمن لشريكه شيئا ولا يسعى في شيء ايضا وعندهما
يضمن في ذلك كله بخلاف المدبر وانما يضمن به الصبي الحر عند ابي حنيفة بان ذهب بها
في طريق فاسباع فاتلفتها واجمعوا انه يضمن بالقتل لانه ضمان دم واذا لم يكن مالا متقوما لا يتعلق
به حق الغرماء كالقصاص يعني اذا مات من له القصاص وهو مديون فليس لغرماء صاحب الدين ان يطالبوا
من عليه القصاص بدينهم لان القصاص ليس بمال متقوم حتى يأخذوا بمقابلته ما وجب عليه من القصاص
مالا وقيل معناه اذا قتل المديون شخصا لا يقتل الغرماء على منع ولي القصاص من قتله قصاصا
وقيل معناه اذا قتل رجل مديونا وعفى المديون قبل موته صح وليس لغرماء رب الدين ان يمنعوه
من العفو وقيل اذا قتل شخص من وجب عليه القصاص لا يضمن القاتل لولي القصاص شيئا لانه ليس
حقا ماليا والاقرب المبادر الاول **قوله** واذا اسلمت ام ولد النصراني فعليها ان تسعى في
قيمتها يعني اذا اسلمت فعرض الاسلام على سيدها فابى فانها تخرج عن ولايته بان يقدر
قيمتها فيحكم عليها وتصير مكاتبة لانها لا ترد الى الرق ولو عجزت تنفسخ لانها لو رددت الى الرق
ردت الى الخدمة لقيام اسلامها وهو الموجب ولا فايدة في اثبات حكم التعجيز وعلى هذا
اذا اسلم مدبر النصراني وتسميته مثل هذا ورد على التشبيه والا فالمدبر ليس الا ما ذكرنا
من عدم الفايدة وهذا بحسب الظاهر انها لا تعتد الا كذلك والا لو وجدت امارة الحال لم تحتج
الى ذلك وقال زفر تعتق للحال اي بحال ابائه الاسلام والسعاية دين عليها تطالب بادائه

حرة فان اسلم عند العرض فهي على حالها بالاتفاق كلان مالا واسلم بعدها وقال مالك والظاهرية تعتق
مجانا وقال الشافعي واحد حال بينهما فلا يمكن من الخلوة بها فضلا عن انتفاع من الاستمتاعات ويجبر على
نفقتها الى ان يموت فتعتق عوته او يسلم فتحل له وجه قول زفر ان النظر ودفع الضرر عن
الذمي واجب لذمته وعن المسلم لاسلامه وذلك في اعتاقها بالقيمة له لكلا نه مجانا كما قال مالك
لانه اهدار واجب له من النظر اذا امكن واما قول الشافعي ففيه زيادة اضرار به من ايجاب
النفقة لا الانتفاع مع امكان دفعه عنه قلنا الا سوكما ذكرت غير ان قولنا ادفع للضرر عنه
وعنها لانها توصل الى البدل عقيب عتقها لانها تعتق مفلسة وربما تتوانى في الاكتساب
اذا كان مقصود العتق قد حصل لها قبله فيتضرر الذمي بذلك وتتضرر هي بشغل ذمتها حتى
ذمي ورثتموت قبل ايتاء حقه وقد قال علماؤنا رحمهم الله خصومة الذمي والدابة
يوم القيمة اشد من خصومة المسلم كلان ما اذا وقف عتقها على الاداء فانه حامل على الايفاء
فكان اعتبارنا اولى اذا كان انظر للجانبين وقوله وماليه ام الولد لما اخره جواب سوال ورد
على ابي حنيفة في قوله بنفي مالية ام الولد هو لنا فيما لم يبق لتسعى في قيمتها ولا قيمة لها لاستغنائها
عندك فقال الذمي نعتقد تقومها فيترك وما يعتقده اي مع ما نعتقده وانا امرنا بذلك
فقد امرنا باعتبارها متقومة في حقه وقد تقدم ان قيمة ام الولد لم تثبت قيمة في الحال
فيه ولو سلم انها ليست متقومة مطلقا فهي محترمة وهذا يكفي لايجاب الظمان وان لم يكن
المضمون مالا كما في القصاص المشترك بين مستحقين اذا عفى احد الاولياء المستحقين له يجب المال
للباقين لانه اهتبس بنصيبهم عند القاتل بمعنى من غير وليس بنصيبهم حقا ماليا بل حق محترم فيلزم
بدل الا ان هذا لو تم استلزم التضمين بغصب المنافع وغصب ام الولد حيث اعتبر اتلافا
محرما لاحترام ووجه ايضا بان بدل الكتابة مقابلة ما ليس بمال وهو فك الحجر فلم يدل
على تقوم ام الولد وانت سمعت في العتق على جعل وجه كون ذلك المال عند ابي حنيفة رحمه الله
بدل ما هو مال فارجع اليه وان كونه بدل ما ليس بمال قول محمد **قوله** واذا مات مولاها
النصراني عتقت وسقطت عنها السعاية لانها ام ولد له **قوله** ومن استولد امة غيره بالنكاح
يعني تزوج امة لغيره فولدت له ثم ملكها صارت ام ولد بذلك الولد الذي ولدته بعقد النكاح
ولو كان نكاحا فاسدا وهو قول احمد في رواية وقال الشافعي لا تصير ام ولد له وهو قول مالك
وعلى هذا الخلاف لو وطيء به من وطئ بشبهة فملكها ثم عندنا تصير ام ولد له من وقت ملكها
لا من وقت العلوق وعند زفر من وقت ثبوت النسب منه لان امومية الولد عند الملك بالعلوق
السابق فبعد ذلك العلوق كل من ولدها ثبت له حق الحرية ونحن نقول انما ثبت وصف
الامومية بعد الملك وان كان ما بر متقدم فقبله الولد منفصل والاسراية في المنفصل قبل
الامومية وتتفرع على هذا ان لو ملك ولدها من غيرها قبل ان علكها له بيعها عندنا خلافا له لانه ليس
بابن ام ولد له بخلاف ما لو ملكها وولدها قبل ملكها فانه يعتق اتفاقا وفي المبسوط لو ملكها فتزوجت
باجنبي فولدت منه ثم اشترى الكل صارت ام ولد وعتق ولده وولدها من غيره يجوز بيعه خلافا
لزفر بخلاف الحادث في ملكه من غيره فانه في حكم امه ولو استولد كما ملك يمينه ثم استحقت
او نكاح على الاخرة فظهرت امة تصير ام ولد عندنا وللشافعي فيه قولان في قول تصير ام ولد
له وفي اخر لا تصير ام ولد وهو ولد المغرور وهو حر بالقيمة يوم الخصومة **قوله**
له اي للشافعي اذا علقت برقيق لا تكون ام ولد له كما اذا علقت من الزنى ثم ملكها الزاني وهذا
لان امومية الولد باعتبار علوق الولد حرا وانا قلنا ان الامومة باعتبار علوق الولد حرا
لانه جزء الام في تلك الحالة والجزء لا يخالف الكل وهو حر فلا بد ان تستحق هي الحرية واعترض

من قصر نظره على خصوص المذكور بان الرق في ام الولد مستمر الى موت سيدها والولد علق حرا
فقد خالف الجزء الكل وهذا لانه جزء منفصل وليس كالمتصل وتمام تقدير المذكور يدفع هذا
الاعتراض وانما اقتصر المصنف اقتصارا للعلم بتمام التقدير وحاصل الوجه المذكور ان جزءها
حر ومقتضاه حريتها اذ لا تخالف الجزء الكل الا ان الاتصال يعرضه الانفصال والولد وان كان
جزء حالة الاتصال لكنه جعل كشخص على حدة في بعض الاحكام حتى جاز اعتاقه دونها فثبت به
حق الحرية على الشبهي الحرية وعدم المابقي منها في الحال وهذا المعنى لا يوجد اذا علقت برقيق وتابد
هذا بقوله صلى الله عليه وسلم ايما امة ولدت من سيدها فهي حرة بعد موته وتقدم الحديث فشرط
في ثبوت حق العتق ان تلد من سيدها وهذه ولدت من زوجها ولنا ان سبب الامومة في محل الاجماع
وهو الاصل هو الجزئية على ما ذكرنا من قبل يعني عند قوله او ان الباب وكان الجزئية قد حصلت
بين الواطئ والموطوءة بسبب الولد والجزئية انما ثبتت بينهما بنسبة الولد اليهما كل منهما كما ثبتت
الجزئية بناء على ثبوت النسب فثبوت استحقاق الحرية بناء على ثبوت الجزئية الثابت
بناء على ثبوت النسب وهو ثابت في الزوج فثبتت الامومة بخلاف الزنى فانه لا نسب يثبت
للولد من الزاني فيه فلا تصير الامة التي جاءت بولد من الزنى اذا ملكها الزاني ام ولد له استحسانا
خلافا لزفر حيث قال تصير ام ولد له وهو القياس فان قيل فكان ينبغي الا يعتق الولد اذا ملكه
ابوه من الزنى اذا كان لا يثبت نسبه منه اجاب بقوله ولد لا يعتق على الزاني اذا ملكه لانه
جزء حقيقة بغير واسطة نظير اي نظير ام الولد من الزنى حيث لا تعتق لعدم انتسابه الى
ابيه من استولى اخاه من الزنى لا تعتق عليه لانه لا ينسب اليه بغير واسطة نسبته الى
الولد وهي غير ثابتة حتى لو كانت ثابتة عتق كما اذا كان اخاه لامه فصار الحاصل ان الامومة
تتبع ثبوت النسب عند الملك والعتق المنجز تتبع حقيقة الجزئية عند الملك او ثبوت الانتساب
اليه بواسطة ثابتة وقوله صلى الله عليه وسلم ايما امة الحديث ليس فيه قصر الامومة على السيد
بل انها ثبتت منه غير متعرض لنفيها عن غيره فاذا صح تعليله بثبوت نسب ما تاتي به منه
ثبتت من غيره اذا ثبت النسب منه وقد صح من الزوج فتثبت بالاولى منه وهذا لا ينافي
المفهوم المخالف وهم وان اثبتوه قد موا عليه القياس فاذا صح قياس الزوج على السيد في
ثبوت الامومة لزم على المذهبين الا انه يشكل على تعليلنا ما اذا ادعى نسب ولد امته التي
زوجها من عبده وان نسبه انما ثبت من العبد لا من السيد وتصير ام ولد له وجوابه ان ثبوت
الامومة لا فراره بثبوت النسب منه وان لم يصدقه الشرع فكان دايرا مع ثبوت النسب
شرعا واعتراف مما تنتفي فيه الامومة ما ذكر في الايضاح امة جاءت بولد فادعاه اجنبي
ثبت نسبه صدقه المولى او كذبه فان ملكه المدعي عتق ولا تصير امه ام ولد له قوله
واذا وطئ جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه وصارت ام ولد للاب سواء كان الابن وطئها
او لا لان حرمة الوطئ لا تمنع ثبوت النسب كوطئ الحايض وعليه قيمتها لانه ملكها فقبل الوطئ بالقيمة
ليقطع الوطئ ملكه وليس عليه عقر لما سبق ملكه الوطئ وقيمة ولدها لانه يعلق حر التقدم
الملك على الام وقد ذكرنا قيمتها ومهرها وهو بناء على اتيانه الملك حكما للوطئ اذ لو اتيته سابقا
عليه لم تجب له ايجاب المهر والقول الاخر لا تصير ام ولد ويلزمه المهر لانه لم يملكها وهو قول
احمد وعلى هذا الستمر على ملك الابن ومذهب مالك انه عليها بالقيمة لمجرد الوطئ حملت
اولا واذا كان قابلا لا زما عرف انه لا يصح دعواه ولد مدبرة ابنه ولا ام ولده اذ هما يقبلان
ان يقال الملك فيهما وان كان في لفظ الجارية عرف خروجها فقد اخرجها باللفظ والا فبالحكم
المذكور في المسئلة وشرط صحة هذا الاستيلاد ان تكون الجارية في ملك الابن من وقت العلوق

الى وقت الدعوة وان يكون الاب صاحبه ولاية من ذلك الوقت الى الدعوة ايضا فلو باع الابن
الجارية ثم عادت اليه بشراء او ورثها وولدت لاقل من ستة اشهر منذ باعها فادعاه الاب لم تصح دعوته
الا ان يصدقه الابن كما اذا ادعى الاجنبي ذلك وصدقه وكذا دعوة الجد لو كان مكان الاب وكذا لو كان الاب
كافرا ثم اسلم او عبدا فعتق او مجنونا فافاق فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر من الاسلام والعتق والافاقة
الى الدعوة فادعاه لا يصح لعدم الولاية الا ان يصدقه اما المعتوق لو ادعاه بعد افاقته وفجاءت به
لاقل من ستة اشهر من افاقته ففي القياس لا يصح لعدم ولايته عند العلوق وفي الاستحسان يصح لان
العتة لا يبطل الحق والولاية لا يعجز عن العمل ولو كان الاب المدعي مرتدا ثم مات او قتل
حنيفة رحمه الله ان عاد الى الاسلام صحت والا فلا وعندهما صحيحة وهي فرع تصرفات المرتد انه
عندهما بالغيبة فكان كالبيع وهو موقوف عنده خلافا لهما وكان ينبغي ان يتوقف عندهما ايضا لان
تصرف المرتد في مال ولده موقوف عندهما ايضا لكنها تضمنت التلف في مال نفسه وفيه لا يتوقف
لا سيما في النسب لانه يحتاط في اثباته فينفذ قوله وان وطئ اب الاب مع بقاء الاب مسلما
حرا عاقلا لم يثبت النسب منه لان شرط الصحة قيام الولاية على ما ذكرنا والولاية للجد مع وجود
الاب منتفية على ما قلنا بخلاف ما اذا كان الاب ميتا او حيا كافرا او عبدا او مجنونا فان الجد حينئذ
يصح استيلاده جارية ابن ابنه لقيام ولايته في هذه الاحوال ولو كان الاب مرتدا لم يصح دعوة
الجد عندهم لان تصرفات المرتد نافذة عندهما فثبت نسب الجد وعند ابي حنيفة موقوفة فان اسلم
الاب لم تصح دعوة الجد وان مات على ردته او حكم بلحاقه صحت ولو باع ابن الابن الجارية
حاملا ثم استردها فولدت لاقل من ستة اشهر منذ باعها لم تصح دعوة الجد كما ذكرنا في الاب قوله
واذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه احدهما ثبت نسبه منه سواء كانت في المرض او الصحة
وهذا اذا ادعى احدهما واعتق الآخر معا فالدعوة اولى لتضمنها ثبوت نسب الولد دون اعتاق
الآخر وسواء كان المدعي مسلما او كافرا لانه لما ثبت النسب في نصفه المملوك له من الجارية ثبت
في الباقي ولفظ في يحمل على معنى من التي للابتداء الغاية اي ثبت من نصف الامة المملوك له والا ثبوت
للتعليل لقوله صلى الله عليه وسلم امراة دخلت النار في هرة اي لما ثبت نسب الولد بسبب نصفه
المملوك له لان قوله ثبتت في الباقي ينبو عنه وحاصل المعنى انه ثبت النسب من نصف الام
فثبت من كلها لانه اي النسب لا يتجزى ثبوته من امراة فثبوته من بعضها هو عين ثبوته من كلها
ولا يقال سيأتي انه ثبت من رجلين بالنسبة الى امراة واحدة لانا نقول ليس في ذلك تجزئة
من امراة لان النسب ثبت من كل الكل منهما لا من بعض لواحد ومن البعض الآخر والا لا يتجزي
لان سببه وهو العلوق لا يتجزى في امراة بان يتعلق الولد من رجلين على قولنا لانها انما علقت
من الاول اشد قوة الرحم ولا تعلق من الآخر وعلى قول غيرنا لا يمتنع بل واقع على قول بعض متبعي
العيافة على ما سيأتي فعدم التجزي لا يعلق الولد بنصفها قوله وصارت ام ولد له
اتفاقا فاما عندهما فلان الاستيلاد لا يتجزى كما لا يتجزى ثبوت النسب فلا يصير نصفها ام ولد ثم
يتملك نصيب شريكه بل بتصير كلها ام ولد وعنده يصير نصفها ام ولد ثم يتملك الآخر لانه قابل
للنقل ولا يمتنع بجزء الامومة كما امتنع بجزء ثبوت النسب لان معنى كونها ام ولد هو ثبوت
استحقاقها العتق بالموت والعتق يتجزى عنده بمعنى زوال الملك فصارت امومة نصفها
بمعنى انه يعتق نصفها بالموت ثم ثبت حكم عتق البعض من الاستسعاء في الباقي او اعتاقه
الى آخر ما عرف لكن لما كان البعض المفيد للتجزي العتق اوجب الايتبعض عتقا وبعضه
رقيقا والامومة شعبة من العتق وجب فيها اذا صار بعضها ام ولد بمعنى استحق بعضها العتق
ان يستحقها كلها ولا يبقى بعضها رقيقا وبعضها مستحقا للعتق فالحاصل ان الاتفاق على انه لا يستقر

جزءا في حق الامومة بل التجزي في الابتداء تتم للكل عنده وعندهما صارت ام ولد من اول الامر
ثم اعلم ان تعليل تملك نصيب شريكه بانه قابل للتملك تعليل بعدم المانع وهو لا يصلح للتعليل
تقال سافر للتجارة والعلم ولو قيل لانه من الطرق عدجنونا وكونه افسد نصيب شريكه بالاستيلاد
لا يستلزم تضمين الضمان عليه بمعنى لا يجوز تركه من الشريك بل الثابت به جواز ان يضمنه وللانسان
ترك حقه وهاهنا لو رضي الشريك بترك تضمينه ويصير نصفه ملكا له ونصفه ام ولد للاخذ
بموت المستولد يعتق نصفه ويرق نصفه الاخر او يسعى له اذ ذاك لا يجوز فليس الموجب للتعلل الا ما
قلنا من السبب الدال انه اذا اعتق البعض لا يبقى البعض رقيقا والحق حق الحرية تحقيقا او تعتبر
قيمته نصفا يوم وطيء الذي علقت منه وكذا نصف العقر وانما وجب نصف عقرها على المستولد
لانه وطيء جارية مشتركة لان الملك في نصف شريكه يثبت حكما للاستيلاد فيتعقبه وهو
وان كان مقارنا للعلوق لاستناده اليه فهو مسبوق وبابتدائه يثبت بالمهر فلا يسقط
بالانزال فلم سبق وجوب المهر الاستيلاد بالضرورة على كل حال فيسقط ما اصاب حصة ويضمن
حصة شريكه وما قيل الاصح ان حكم العلة يقارنها في الخارج لم يختره المصنف وقد ملأ الكتاب
من ذلك وانه من باب من يجوز دفع الصدقة اليه في كفاية فرضها اذا دفع النصاب الى الفقير
مغرما فان الدفع فارن الغنى فاجاب بانه حكم الدفع فيتعقبه ثم لم يزل في كل ما هو مثله ثم
ضمان قيمة نصف الشريك لازم في ليسار واعسار لانه ضمان تملك كالبيع وعن ابي يوسف ان كان
المدعي معسرا سعت ام الولد لان منفعة الاستيلاد حصلت لها وانما لا يضمن الاب اذا استولد
جارية ابنه العبد لان ملكها يثبت شرطا للاستيلاد لانه لا ملك له يكفي لصحة الاستيلاد فيتقدر
ليقع الوطء في ملكه فان قبل الملك يثبت الاستيلاد وهو العلوق ولا يلزم من تقدمه على العلوق
تقدمه على الوطء اجيب بان الاستيلاد عبارة عن جميع الفعل الذي يحصل به الولد فلم يعتبر تعدد
الفعل مع اتحاد المطلوب فالتقدم على العلوق تقدم على الفعل الذي به الاستيلاد ومن الوطء
فاعتبر معدوما عليه لا يغرم قيمة ولدها لان النسب يثبت مستندا الى وقت العلوق وملكه
ثبت من ذلك الوقت ايضا فلم يتعلق شيء منه على ملك الشريك بل علق حرا فلا يضمن لم شبا
واعلم ان مقتضى ما ذكره المصنف من ان الملك في نصف شريكه يثبت حكما للاستيلاد فيتعقبه
ان العلوق قبل ذلك نصيب شريكه فيحصل مملوك النصف له ونصفه لشريكه واستناد النسب
الى العلوق بعد ما وقع في ملك الشريك لا يوجب ان لا يعلق منه شيء على ملكه لانه يمكن
كونه اراد بالاستيلاد في قوله حكما للاستيلاد الوطء لانا نقول الاستيلاد اما ان يطلق على العلوق
او على مجموع الوطء مع الانزال والعلوق اما مجرد الوطء بلا انزال فلا ولو سلم لم يصح ثبوت
الملك حينئذ لان نقله من ملك الشريك الى ملك المستولد حزوة صيرورتها ام ولده ولا
يصير الا بالعلوق فلا يجوز نقله قبله لانه بلا موجب والاعتراض السابق بان حكم العلة قد يتأخر في الاصح
لا يفيد لان نقله مع العلوق ايضا بلا موجب لانها ما لم تقرم ولد لم يلزم النقل فالوجه جعله
معقبا للعلوق بلا فصل قليل ولا كثير والضمان لانه حينئذ ما مهين قيمة له فلا يضمن وحين صار
بحيث يضمن لم يجب على ملك الشريك لان الام حين انتقلت الى ملك المستولد انتقلت باجزائها
ومن جملة ذلك الما هذا اذا حملت على ملكهما فان اشتريا حاملا فادعاه احدهما ثبت نسبه
ويضمن لشريكه نصف قيمة الولد لانه لا يمكن استناد الاستيلاد الى وقت العلوق لانه لم يحصل
في ملكهما ولذا لا يجب عليه عقر لشريكه هنا لان ما ادعى نسب ولد مشترك بينهما كان في ملوك
وهي كالاعتاق الموضع الا انه يضمن نصيب شريكه في اليسار والاعسار لانه ضمان تملك كالبيع
ولا عقر لشريكه هنا لان الوطء لم يوجد في ملك شريكه قوله وان ادعياه معا ثبت

نسبه منهما وكانت الامة ام ولد لهما فتخدم كل منهما يوما واذا مات احدهما عتقت ولا ضمان
للحي في تركة الميت لرضى كل منهما بعتق نصفه بعد الموت ولا تسعى للحي عند ابي حنيفة لعدم تقومها
وعلى قولهما تسعى في نصف قيمتها له ولو اعتق احدهما عتقت ولا ضمان عليه للساكت ولا سعاية
في قول ابي حنيفة وعلى قولهما يضمن ان كان موسرا ويسعى ان كان معسرا وعلى كل واحد منهما
نصف العقر يلتقيان قصاصا بما له على الاخر وفارق اتجاب العقر مع القصاص به ان احدهما
لو ابرأ احدهما عن حقه بقي حق الاخر وايضا لو قدم نصيب احدهما بالدراهم والاخر بالذهب
كان لمن يدفع الدراهم ويأخذ الذهب ويرث الابن من كل منهما ميراث ابن كامل ويرثان منه
ميراث اب واحد فهذه احكام دعوتهما ذكرها القدوري ومنها انه للباقي منهما حتى اذا مات
احدهما كان كل ميراث الابن للباقي منهما وفرق المصنف بينهما بوجه كل منها فقال وان ادعياه
معا ثبت نسبه منهما جميعا وسيجيء ما اذا لم يكن مع احدهما مرجح فلو كان بان كان الشريكان
اباه وابنا فان النسب يثبت من الاب وحده وكذا اذا كان احدهما ذميا يثبت من المسلم وحده
وفيه خلاف زفر فيثبت منهما ويكون مسلما وفيه هنا بابا اذا حملت على ملكهما وهو ان تلد لتمام ستة
اشهر بعني فصاعدا ولو ستين منذ ملكها واحترز بقوله معا اذا كان الحمل على ملك احدهما
ثم اشتراها هو واخر فولدت لاقل من ستة اشهر من الشراء فادعياه فهي ام ولد الزوج
فان نصيبه صار ام ولد له والاستيلاد لا يحتمل التجزي عندهما وابتاه عنده فيثبت في نصيب
شريكه ايضا واما اذا حملت على ملك احدهما رقبة فباع نصفها من اخر فولدت لتمام
ستة اشهر من بيع النصف فادعياه يكون الاول اولى لكون العلوق في ملكه وعما اذا كان الحمل
قبل ملك كل منهما بان اشتريا امة فولدت لاقل من ستة اشهر من حين ملكهما او ولدته قبل ملكهما
اياها فاستوياها فادعياه لا تكون ام ولد لهما لان هذه دعوة عتق لا دعوة استيلاد فيعتق
الولد مقتصرا على وقت الدعوة بخلاف الاستيلاد فان شرطه كون العلوق في الملك وتستند الحرية
الى وقت العلوق فيعلق حرا وقد مر في كتاب العتق اختلاف الشارح فيما اذا قال لعبده
هذا ابني واسنده الى ملكه هل تصير ام ولد له او انما تصير لو قيل نعم مجهول النسب او معلومه وقيل لا فيهما
وقيل نعم في مجهوله لا في معلومه فيحمل ذلك على انه حكمنا عند جهلنا بحال العلوق وبقولنا
قال سفيان الثوري واسحاق ابن راهويه وكان ابو يوسف في بدء امره يقوله ثم القديم ورجع عليه
احمد حديث القافة وقيل يعمل به اذا افتقدت القافة وقال الشافعي يرجع الى قول
القائف فان لم يوجد قائف وقف حتى يبلغ الولد فينتسب الى ايهما شاء فان لم ينتسب
الى واحد منهما كان نسبه موقوفا لا يثبت له نسب من غيرهما والقائف هو الذي يتبع الاثار
ابا بابن الابناء وغيرهم من الاثار من قال اثره يقوفه مقلوب قفا اثره مثل راعقلوب راع
والقيافة مشهورة في بني مدلج فان لم يكن مدلجي فغيرهم وهو قول احمد وقال به مالك في الاماء
وهذا لان اثبات النسب من شخصين مع علمنا بان الولد لا يتخلق من مائين لانها كالتعلق من رجل
افسد في الرحم مستدرك فعلمنا بالشبه وهذا بيد ان القافة لو اتحدوا ان الشافعي انما لا يلحق وموقول
الشافعي انه يبطل قولهم اذا اختلفوا بها وقد ثبت العمل بالشبه بقول القائف حيث سر رسول الله
صلى الله عليه وسلم على ما اخرج الستة في كتبهم كلهم من سفيان بن عيينة عن الزهري عن عروة عن عائشة
قالت دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم مسرورا فقال يا عائشة الم تري ان مجززا المدلجي
دخل علي وعندي اسامة بن زيد وزيد وعليهما قطيفة وقد غطيا رؤسهما وبدت اقدامهما
فقال هذه الاقدام بعضها من بعض وقال ابو داود وكان اسامة اسود وكان زيد ابيض ولنا كتاب
عمر رضي الله عنه الى شريح في هذه الحادثة ذكر ان شريحا كتب الى عمر بن الخطاب في جارية بين شريكين

حات بولد فادعيا ه فكتب اليه عمر رضي الله عنه انهما لتهاتكبس عليهما ولو بينا لبين لهما
هو ابنهما و يرثانه وهو للباقي منهما وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير فحل محل الاجماع والله اعلم
بذلك قال وانما استويا في سبب الاستحقاق لعني الدعوى مع الملك فيستويان فيه والنسب وان كان
لا يتجزى ولكن يتعلق به احكام متجزية كالارث والنفقه وصدقة الفطر وولاية التصرف في مال
الحضانة فالقبل التجزي كالارث وما ذكرنا يثبت في حقهما على التجزية وما لا يقبلها كالنسب
وولاية الانكاح يثبت لكل منهما كلا كما ليس معه غيره واعلم ان المعروف في قصة عمر هو ما قال
سعيد بن منصور حدثنا سفيان عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار عن عمر رضي الله عنه في امراة
وطيء رجلان في طهر فقال القائف قد اشتركا فيه جميعا فجعل بينهما وقال الشعبي وعلي تقول هو ابنهما
وهما ابواه يرثانه ذكره سعيد ايضا وروى الاثرم باسناده عن سعيد بن المسيب في رجلين اشتركا
في طهر امراة فحملت فولدت غلاما يشبههما فرفع ذلك الى عمر رضي الله عنه فدعي القائف فنظروا
فقالوا نراه يشبههما فالحقه بهما وجعله يرثهما ويرثانه وروى عبد الرزاق عن معمر عن الزهري
عن عروة بن الزبير ان رجلين ادعيا ولدا فدعي عمر القائف وافتدى في ذلك بعمر القائف والحقه
اياهما رجلين ثم ذكر ايضا عبد الرزاق بعد ذلك عن معمر عن ايوب عن ابن سيرين قال لما ادعي على القائف
فرأى اشبهه فيهما ورأى عمر مثل ما رأى القائف قال قد كنت اعلم ان الكلبة تلد الكلب فيكون
كل جزء منه مالك اري ان ماتين يجتمعان في ولد واحد واسند عبد الرزاق ايضا عن معمر
عن قتادة قال رأى القائف وعمر صبيا شبههما فيهما وشبههما فيه فقال هو بينكما يرثكما وترثانه
قال فذكرت ذلك لابن المسيب فقال نعم هو للاخر منهما وقول المصنف ومن علي مثل ذلك يشير
الى ما اخرج الطحاوي في شرح الاثار عن سماك عن موسى آل علي قال هو بينكما يرثكما وترثانه
وهو للباقي منكما ورواه عبد الرزاق اخبرنا سفيان الثوري عن قابوس ابن ابي ظبيان عن علي قال
اتاه رجلان وقعا على امراة في طهر واحد فسالها اثنين اتقران لهذا بالولد قالا لا حتى سالهم جميعا فجعل
كلما سال اثنين قالا لا فقرع بينهم فالحق الولد بالذي صارت عليه القرعة وجعل عليه ثلثي الدية
قال فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فضحك حتى بدت نواجذه انتهى واعلم ان اباداود رواه ايضا
موقوفا وكذا النسائي عن علي باسناد اجود من اسناد المرفوع وكذا رواه الحميدي في مسنده
وقال فيه فاغرمه ثلثي قيمة الجارية لصاحبيه وموحسن بين المراد بالدية فما قبله وحاصل
ما تحصل من هذا انه صلى الله عليه وسلم سر بقوله القائف وان عمر قضى به وفق قوله وانه صلى الله عليه وسلم
لم ينكر اثبات النسب بالقرعة ولا شك ان المعول عليه ما ينسب الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
وذلك هو سرور بقول القائف فاجاب المصنف عنه بان سرور كان لان الكفار كانوا
يطعنون في نسب اسامة رضي الله عنه لما تقدم من ابيه زيد اسود وكان زيد ابيض
فكانوا لذلك يطعنون في ثبوت نسبه منه وكانوا مع ذلك يعتقدون قول القائف فكان
قول القائف مقطعا لطعنهم فسرور لا شك انه لما يلزمه من قطع طعنهم واستراحة مسلم من
النافي بنفي نسبه وظهور حظايهم وارد عليهم ثم محل مع ذلك كون القيافة حقا في نفسها
فيكون متعلق سروره انها اوليست حقا فيختص سرور بما قلنا فلزم ان حكمنا بكون سرور
بانفسها فرع حكمنا بانها حق فيتوقف على ثبوت حقيقتها ولم يثبت بعد وطعن بهم بين

المطابع

المقارع بالرمح وفي النسب واعلم انه استدل على صحة القيافة بحديث اللعان حيث قال صلى الله عليه وسلم
فيه ان جات به اصهيب اثيجح حش الساقين فهو لزوجها وان جات به اورق جعدا جماليا خدلج
الساقين سابغ الاليتين فهو الذي رميت به وهن هي القيافة والحكم بالشبه واجابوا بانا
لا نسلم معرفته ذلك صلى الله عليه وسلم من طريق الوحي لا القيافة وقد يقال الظاهر عند ارادة تعريفه
ان يعرف ابو من فلان والحاقه به ينقلب عليه لانه لو كانت القيافة معتبرة لكان شرعية اللعان
تخصيصا اذ لم يشبه المرمي به اشبه الزوج اذ الاصل الحكم الشرعي حينئذ بانه ليس ابنا للنافي
وهو مستلزم للحكم بكذبها في نسب الولد واجيب ايضا بانه لا يلزم كون حقية قيافته صلى الله عليه وسلم حقية
قيافة غيره وفيه نظر فان القيافة ليس الا باعتبار امور ظاهرة يستوي الناس في معرفتها انتهى انه صلى الله
عليه وسلم سر بقول علي رضي الله عنه وهو الحاقه بالقرعة وقد نقل ذلك عن بعض العلماء وطريقه
صحيحة كما تقدم وهو يستلزم ان القرعة طريق صحيحة لتقرير سروره صلى الله عليه وسلم اياه بل سر به
فان الضحك دليله مع عدم الانكار وان لم يقل به يلزمه الحكم بنسخه غير انه سبق ما ثبت عن عمر
من العمل بقول القائفة فانه من الفوق بكثرة الطرق بحيث لا يعارضه المروي عنه من قصة شدخ
كخبايا وعدم تثبيتها وان كانت قصة مرسلا فان سليمان ابن يسار عن عمر مرسل وكذا عروة
عنه لكنها اما مان لا بروبيان الاعن امين مع حجية المرسل عندنا فكيف به من هذين على ان يقول
سعيد بن المسيب ثم في اسناد عبد الرزاق وبالكون كالموصول بعمران سعيدا روى عن عمر
وبالجملة فلا خلاف في ثبوت مثل هذا واذا ثبت عمل عمر بالقائفة لزم ان ذلك لاحتمال في سروره
صلى الله عليه وسلم وهو كون الحقيقة من متعلقاته فاثبت والشافعي رضه لما لم يقل بنسبة الولد
لمن اشتبن يلزمه اعتقاد ان فعل عمر كان عن رايه لا بقول القائفة فيلزمه القول بثبوت
النسب من اثنين اذ هل محل الاجماع من الصحابة وهو ملزوم لاحد الامرين اما ان سرور صلى
الله عليه وسلم لم يكن متعلقا لا بر د طعنهم او ثبوت نسخه وبه نقول لا انا لا نقول انه من بابها
كما يفهم من بعض روايات ان الماتين اجتمعتا في الرحم الاستباقين فاذا فرض احدهما خلف
من الاول لم يتصور خلقه من الثاني على انه يزيد في الاول في سمعه قوة وبصره واعضاءه
واما التعليل بانه يفسد في الرحم فقاصر عليه قولنا ان الحاصل لا تحيض فانا من يقول تحيض
لا يكفيه القول بالفساد فيثبت النسب من اثنين مع الحكم بانه في نفس الامر من احدهما
ثم كما ثبت نسبه من الاثنين يثبت نسبه من ثلاثة واربعة وخمسة واكثر وقال ابو يوسف
لا يثبت من اكثر من اثنين لان القياس ينفي ثبوته من اثنين لكنه ترك لاثر عمر وقال محمد لا يثبت
لاكثر من ثلاثة لقرب الثلاثة من الاثنين ولابي حنيفة ان سبب ثبوت النسب من الاكثر من واحد
الاشتباه والدعوة فلا فرق ولو تنازع فيه اثنان فقض به بينهما عند ابي حنيفة وعندهما
لا ينتفي للاثنين فلا يلحق الا باب واحد ولا فرق بين كون الانصباء متفاوتة او متساوية
في الجارية في هوى الولد ولو تنازع فيه رجلان وامراتان كل يزعم انه ابنه من هذه المراة
وهي تصدقه فعندي ابي حنيفة يقضي به بين الرجلين والمراتين وعندهما يقضي به بين الرجلين فقط فلو تنازع
فيه رجل وامراتان يقضي به بينهم وعندهما يقضي به للرجل والمراتين قوله الا اذا كان احد
الشريكين ابا للاخر استثنى من قوله ولا يثبتها وعلم ان النسب ثبت في حق كل منهما لا في للبسوط
انه بين مسلم وذمي ومكاتب ومدبر وعبد ولدت فادعوه فالحر المسلم اولى لاجماع الحرية والاسلام
فيه مع الملك فان لم يكن فيهم مسلم بل بعده فقط فالذمي اولى لانه حر والمكاتب والعبد وان كانا مسلمين
لان بيد الولد تحصيل الاسلام دون الحرية ثم المكاتب لان له حق ملك والولد على شرف الحرية
لا ان المكاتب وان لم يكن مكاتب وادعى المدبر والعبد ثبت من واحد منهما النسب لانه ليس لهم

ملك والشبهة قيل ويجب ان يكون هذا الجواب في العبد المحجور وهبت له امة ولا يتعين ذلك بل
يتزوج منها ايضا ولو كانت الدعوة بين ذمي ومرتد فالولد للمرتد لانه اقرب الى الاسلام وعرم كل
لعاصبه نصف العقد **قوله** وكانت الام ام ولد لهما لصحة دعوة كل منهما في نصيب الولد فيصير نصيبه
منها ام ولد له تبعا لولده هذا ولا يضمن واحد منهما لشريكه شيا لانه لم يتعلق اليه من نصيب شريكه شئ
قوله ويرث الابن من كل منهما ميراث ابن كامل لانه اقر له بجميع ماله كله حيث ادعى انه ابنه وصدق
واقراره حجة في حقه ويرثان منه ميراث اب واحد لان دعوى كل منهما الانفراد بالابوة ليست
في حق الاخر وقد استويا في سبب الاستحقاق وهو الدعوة المقرونة بالملك وصارا كما اذا
قاما البينة على ميت ولا بينة على ابن مجهول النسب يكون
بينهما لاتحاد الجامع **قوله** واذا وطئ المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فان صدقه
المكاتب يثبت نسب الولد منه وان كذبه لا يثبت نسب الولد لان اذا ملكه يوما من الدهر فحينئذ
يثبت نسبه منه لما سيذكر وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يعتبر تصديقه بل يثبت نسبه منه بمجرد
دعوته غير مستقيم لما تصديقه وقوله هذا قول سائر العلماء اعتبارا للاب بذلي ولد جارية
ابنه بجامع ان الموطوء كسب كسب المدعي او بطريق اولى لان للمولى في المكاتب ملك رقبته
وهو معنى حقيقة ملك كسبه وان لم يكن له فيه ملك كان له فيه حق الملك وليس للوالد ملك
حقيقة في رقبة ولده بل له حق التملك لما له عند الحاجة وحق الملك اقوى من حق التملك فلما ثبت
نسب ولد جارية الابن من الاب مجرد دعوته من غير افتقار الى تصديقه فالثبوت من المولى
اولى وجه الظاهر وهو الفرق بين جارية الابن وجارية المكاتب ان المولى لا يملك التصرف في
اكساب مكاتبه بسبب حجر نفسه عن ذلك بعقد الكتابة حتى لا يثبت له حق تملكه والاب
يملك بملكه لحاجته على ما عرف فلا معتبر بتصديقه وهذا بخلاف الوارث يستولد امة من تركة مستغرقة
بالدين يصح بلا تصديق احد لانه صاحب حق حتى ملك استخلاص ما تيا من التركة باعطاء قيمته
وليس اصر اعتق منه ليحتاج الى تصديقه بخلاف البائع يدعي ولد المبيعة بعد البيع يصح لانتقال العلوق
بملكه ووجب للولد حق العتق ثم يبطل باعتراض البيع وهنا ان حصل العلوق في ملك المولى
لرقبة المكاتب لكن لم يحصل في ملكه لجارية ملكا تاما واعترض بانه لا معنى لاشتراط التصديق لانه
اذا لوحظ حجر المولى عن التصرف في مال المكاتب فتصديقه لا يوجب ذلك بحر بل غايته ان اعترف
له انه وطئ الجارية فيقتضي ان لا يثبت النسب اذ لم يرتفع به المانع من نفوذه الامر دائما لانه لو اقام
البينة على انه وطئها لا يثبت نسبه اذا كان مكذبا له مع ان الثابت بالبينة اقوى من التصديق
فظهر ضعف اشتراط التصديق وقد يجاب بان هذا الحجر لحق ادمي لكونه احق بالدعوى
ولا يظهر حقه في الاستلحاق في مقابلة من هو احق به منه الا ان يصدقه لجواز ان يكذبه
بان يدعيه هو فلا بد من استعلام تصديقه وتكذيبه بخلاف ما اذا اقام بينة على الوطء فان
تكذيبه قايم واعتبار التصديق ليس لاستعلام الوطء فتعليل تعديا للاحق على غير وجه بخلاف
احد الشريكين اذا استحق فانه لا يتوقف على تصديق الاخر لانه ليس احدهما احق من الاخر **قوله**
وعليه عقر للمكاتب لانه اي لان وطئه المدلول عليه بقوله فان اوطئ المولى لا يتقدمه الملك
لان ماله من الحق اي حق الملك كان لصحة الاستيلاد لما مر انه يعني من قوله عقيبه انه كسب كسبه
كالاب الاب فانه ليس له حق ملك في الجارية فيتقدم ملكه اياها لتصحيح الاستيلاد فلا يجب العقر لانه وطئ
امة نفسه واذا وجب لنفي المكاتبة العقر اذا وطئها المولى مع ثبوت حقيقة ملكه فيها فلان يجب بوطئ
امتها اولى وابعد شارح مثالا لما مر ذكره في فكاك المكاتب من انه ثبت للمولى في ذمة المكاتب حق
مع ان تحرر وثبوت حق في ذمة سيد امه لا يصح استيلاد صاحب الدين فلعله تناول من مكان بعيد وهو

اقرب

اقرب الى من حل الورد **قوله** وقيمة ولدها عطف على عقرها اي وعليه قيمة الولد لانه في معنى الغرور
حيث اعتمد دليلا وهو ان الجارية بتأويل الشخص كسب كسبه فلم يرجع برقه حيث اعتمد دليلا
يوجب حريته فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه كان المغرور بشرا امة استولدها
فاستحقت اعتمد دليلا هو البيع فجعل عذرا في حرية الولد بالقيمة الا ان قيمة الولد هنا
تعتبر يوم ولد وقيمة ولد المغرور يوم الخصومة والفرق ان العلوق هنا حصل في ملك المولى
وهو مقتض بثبوت نسبه بحق ملكه لما مر الا انه محجور لحجر شرعي منافي شرط تصديقه فاذا جاء
التصديق صحت الدعوى وثبت له حق التملك بالقيمة فوجب اعتبار قيمته في اقرب اوقات الامكان
واما المغرور فضمانه قيمة الولد لانه اماته حبسا عن ماليته تقديرا فتعتبر القيمة يوم الحبس
وتحقق هذا الحبس والمنع انما يكون يوم الخصومة فتعتبر يومئذ لان تصير الجارية ام ولد لانه لا ملك له
في حقيقته كما في ام ولد المغرور والمبيعة المستحقة لا تكون ام ولد له وبالتناقض بين قوله لا تصير
ام ولد وبين قوله ان ماله من الحق يكفي لصحة الاستيلاد لان المراد من الاستيلاد استحقاق الولد
كما قررناه اول الباب وصحته بثبوت نسب الولد منه واما ثبوت امومية الولد للام فانما يلزم
في بعض الصور وهي اكثرية دون بعض وليس علينا ليلزم بقي ما اثبته ثم اذا ملك هذه الجارية يوما من
الدهر صارت ام ولد له لانه ملكها ولد منها ولد ثابت النسب **قوله** وان كذبه المكاتب في النسب
لم يثبت نسبه من المولى لما بينا اي من انه لا يملك التصرف في اكساب مكاتبه فلو ملكه اي لو ملك الولد
يوما من الدهر ثبت نسبه منه وكان ولدا له لقيام الموجب وهو افتراشه بالاستيلاد وزوال المانع
وهو حق المكاتب **فروع** عتد في رحل بجارية فولدت ثم اشتراها فاستبرأها بحيضة ام لا
وان اشترى الولد عتق وفي المحيط يجوز اعتاق ام الولد وكتابتها لتعجيل الحرية ولذا ندبر ولدها انه
يجتمع لها سببا حرية وفي غيرها لا يصح تدبيرها لانه لا يفيد وفي جوامع الفقه استولد مدبرته
بطل التدبير وتعتق من جميع المال واستسعى في دين وفي الخانية امة بين رجلين قال احدهما هي ام ولد
احدنا ثم مات احدهما يؤمر الحي بالبيان دون الورثة لانه اخبر عن نفسه والورثة يخبرون على غيرهم فان
الحي ادعى ام ولد في نصيب نفسه وفي نصيب شريكه لانه لما اقر بوطئها بعد ملكه فالعلم
استولدها منتاج قيل ولو قال في ام ولد الميت عتقت صدقته او كذبته لانه ان صدق فهي حرة وان كذب
فكذلك لاقراره بعتقها بموته واستعاية للحي انه يدعي الضمان على الميت ولذا الورثة لانهم يدعون على الضمان
ان كذبوه في اقراره وان صدقوه فتحرر ايضا لعدم السعاية والله الموفق

كتاب الايمان

اشتركن كل من اليمين والعتاق والطلاق والنكاح في ان الهزل والاكراه لا يؤثر فيه لانه قدر
على الكل النكاح لانه اقرب الى العبادات كما تقدم والطلاق رفعه بعد تحققه فايلاؤه اياه اوجه
واخص العتاق عن الايمان بزيادة مناسبة بالطلاق من جهة مشاركته اياه في تمام سببه
الذي هو الاسقاط وفي لزامه المدعي الذي هو السراية فقدمه على اليمين ولفظ اليمين
مشترك بين الجارحة والقسم والقوة لغة والاول ظاهر لان وشاهد القوة قوله تعالى لاخذنا منه
باليمين وقول الشماخ وقيل الخطية، ورايت عرابة الاوسي يسمو، الى الخيرات منقطع القرين
اذا ما راية رفعت لمجد، تلقاها عرابة باليمين، الى القوة ثم قوله انما سمي القسم يمينا لوجهين احدهما
ان اليمين هو القوة والحالف يتقوى بالقسم على الحمل او المنع والثاني انهم كانوا يتماسكون بالايمان
عند القسم فسميت بذلك يفيد انه لفظ منقول ومفهومه اللغوي جملة اذ يؤيد ان اثباته صريح الجزءين
توكيدا لجملة بعدها خبرية وترك لفظا اولى بصيرة غير مانع لدخول نحو زيد قايم زيد قايم وهو على عكسه
فان الاول هي الموكدة بالثانية من التوكيد اللفظي وجملة اعم من الفعلية فحلفت بالله تفعلن او احلف
والاسمية مقدمة الخبر كعلي عهد الله او موضوعة نحو لعمرك لافعلن ونائل ايضا لغير الصحيح جزءا

ومنه والله وتا الله فان الحرف جعل عوضا عن الفعل واتما هذه المعنى التوكيدي سنة الحلف والقسم والعهد
والميثاق والايلاء واليمين وخرج بانشائيته نحو تعليق الطلاق والاعتاق فان الاول ليست انشائية
المعلق ايمانا لغة واما منهومه الاصطلاحي فجملة اوجملة انشائية مقسم فيها باسم الله تعالى او صفة يوكد بها
مضمون ثانية في نفس السامع ظاهرا او تحمل المتكلم على تحقيق معناها فدخلت بقيد ظاهرا الغموس
او التزام مكروه كفرا وزوال الملك على تقدير لمنع عنه او محبوب ليحمل عليه فدخلت التعليقات مثل
ان فعل فهو يهودي وان دخلت طالق بقم الا لمنع نفسه وبمنعها لمنها وان ليشربني فانت حرو بسبها
الغالي وثارة ايقاع صدقه في نفس السامع وثارة حمل نفسه او غيره على الفعل او الترك فبين المفهوم اللغوي
والشرعي عموم من وجه لتفاوتهما في اليمين بالله واتحادا اللغوي في الحلف بغيره مما يعظم واتحادا الاصطلاحي
في التعليقات ثم قيل يكره الحلف بالطلاق والعتاق لقوله صلى الله عليه وسلم من كان حالفا فليحلف بالله لحديث
والاقرب على انه الايذم لامنع نفسه اوغيره ومحمل الحديث غير التعليق مما هو بحرف القسم وذكر اللفظ الخاص
واما شرطها فالعقل والبلوغ وحكمها الذي يلزم وجودها ووجوب البر فيما اذا عقدت على طاعة او ترك
معصية فيثبت وجوبان مع سرين الفعل والبر ووجوب الحنث في الحلف على ضدهما وندبه فيما اذا كان
عدم المحلوف عليه جايزا وسيايي واذا حنث فيما يجب فيه الحنث او يحرم لزمته الكفارة قوله اليمين
على ثلاثة اضرب يمين الغموس والاصح من النسخ اليمين الغموس على الوصف لا اضافة او يمين غموس واما يمين الغموس
واضافة الموصوف الى صفته وهي ممنوعة وما قيل هو كعلم الطب رد بانه اضافة الجنس الى نوعه لان الطب نوع من الوصف
للضارب ومثل صلاة الاولى منظور فيه السماع وسميت غموسا لغمسها صاحبها في الاثم ثم في النار وفعول بمعنى فاعل
بصيغ المبالغة قوله فالغموس هي الحلف على امر ماض بتعمد الكذب بعد ليس هذا بقيد بل الحلف على الحال ايضا
لذلك كوالله ما هذا الحجر ذهب وهو يعلم خلافه والحديث المذكور غريب كهذا اللفظ ومعناه ثابت بالاشتهار
واقرب الالفاظ اليه ما في صحيح بن حبان من حديث ابي امامة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين هو فيها
فاجر ليقتطع به مال امرء مسلم لقي الله وهو عليه غضبان
وفي سنن ابي داود من حديث عمران بن حصين قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين مصبورة
فاذا فليتبوء مقعده من النار والمراد بالصبورة الملزمة بالقضاء والحكم اي المحبوس عليها لانها مصبورة
عليها قوله والكفارة فيها الا التوبة والاستغفار وهو قول اكثر العلماء منهم مالك واحمد رضي الله عنهما
وقال ابن حنبل رحمه الله فيها الكفارة لانها شرعت في الاصل وهو المعقود لرفع ذنب هتك حرمة
اسم الله تعالى وقد تحقق في الغموس بتعدي اليه وهو بها ون اكبر مرة محضة لما ثبت في حديث البخاري
من حديث ابن عمر عند صلى الله عليه وسلم الكبائر الاشراك بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس واليمين الغموس
والكفارة عبادة حتى تؤدى بالصوم ويشترط فيها النية فلا يناط بها اثم هو كبيرة بخلاف المعقودة لان
لانها مباحة ولو كان فيه ذنب بان بحنث في موضع وجوب البر مما ذكرنا من التفصيل وهو مناط متعلق
باختيار ومبتدا خبره مقابل متعمد بنفس اليمين كاليمين الغموس فامتنع الالحاق وحاصل هذا ابتداء وعلى الاصل
وهو كونه مباحا وادعا كونه جزاء الموثر لكونه غير مناسب للحكم وقد نقض بالظهار وبجاب بان الموجب
فيه العود لا نفس الظهار قال تعالى ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة وهو مباح لكونه امساكا بالمعروف
والافطار في رمضان ولو بجماع وزنا اوجب الكفارة باعتبار الفطر العمد المشتهى ويجاب بان الحد باعتبار
انها في انفسها كبيرة ومحضه اجزاء بان ذلك حرام في نفسه وحرام لغيره وهو الصوم فوجب الحد بالاول
والكفارة بالثاني وتنقض ايضا بقتل المحرم صيدا عمدا واجيب بان عين الفعل ليس حراما حتى لو فعله في غير
الاحرام والحرم لم يحرم وانما حرم باحرامه وبالحرم لا بنفسه وصح شارح الايراد ومنع بقي لون المعصية
سببا للكفارة وحاصل المذكور من الاجوبة ضبطا ولم يبين موضع الفساد فيها وهو واضح لان كلا منهم هذا شرط
تقييد قولهم المعصية لا تصلح سببا للكفارة لكونها عبادة بما اذا كان حراما لعينه ومرجعه الى التحسين ح

والتقبيح

والتقبيح في العقل لذاته وهو منتف عند الاشعرية وهو قليل جدا كما نه لا يزيد على الكذب والظلم وكون
اليمين الغموس منه قد يمنع لان اليمين في نفسه مباح او عبادة اذ هو ذكر الله تعالى على وجه التعظيم
وهذا لا يسقط من قلب المومن الحالف غموسا والا كانت كفرا وانما روح به اصله فتحرم لا ليس الا لعدم
مطابقة المحلوف عليه او لقصده ذلك وذلك خارج عن اليمين موجب حرمتها فكان من قبيل ما حرم لغيره
على ان كون حرمة السبب تمنع مناسبة للعبادة لا يفضل بين كون الحرمة لعينه او لغيره ولو قيل لا يلزم
من شرعية الكفارة مجانية او سار ح بذنب اخف شرعيتها لذلك في ذنب اعظم كان اوجه والشافعي ايضا
الغموس مكسوبة بالقلب والمكسوبة يواخذ بها لقوله تعالى لا يواخذكم الله باللغو في ايمانكم ولكن يواخذكم بما كسبت
قلوبكم وبين سبحانه المراد بالمواخذة بقوله تعالى ولكن يواخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته فبين ان المراد بالكفارة
والجواب ان المواخذة مطلقا في الاخرة فهي المراد بالمواخذة في المكسوبة والمراد بها في المعقودة الكفارة كما ذكروا
الغموس داخلة في المعقودة فتجب الكفارة بها بالنص من غير حاجة الى زيادة تكلف بجواب منع انها معقودة لان الربط
في الشرع بالاسم العظيم بمعنى على وجه حمله عليه في المستقبل او منعه منه فاذا حنث انحلت كارتفاع المانع والحامل
او لو كبين صدقه الظاهر فاذا طابق الخبر سر وانحلت وتاشك ان بالحنث تحمل اليمين والغموس قارنها الحامل
وهو ما لوطر اعلى رفعها وحلها فلم تنعقد لانه اذا قارنها منع انعقادها كالردة والرضاع في النكاح خلافا لمن سمى
السماء ونحوه فانه لم يقارنها الا انها عقدت على امر في المستقبل فاحلها هو انعدامه في المستقبل لا في الحال
وعلى هذا قيل الغموس ليست بيمين حقيقة لان اليمين الشرعية تعقد للبر وهو غير ممكن منها وما قطع بانتفاء
فايدته شرعا يقطع بانتفائه شرعا وتسميتا بمنا مجازا لعلاقة الصورة كالعرس للصورة المنقوشة
او هو من الحقيقة اللغوية وعلى احد من يحمل قوله صلى الله عليه وسلم واليمين الفاجرة ونحوه على ما ذكرناه
واعلم ان المعقود عندان فيه ليست سوى المكسوبة بالقلب وكون الغموس قارنها الحنث لا يمنع الانعقاد
عنده وكونها لا تسمى يمينا لانها لم تعقد للبر بعيد اذ الشك في تسميتها يمينا لغة وعرفا وشرعا
حيث لا قبل التشكيك فليس الوجه الا ما قدمنا من ان شرعية الكفارة لرفع ذنب اصغر لا يستلزم
شرعيتها لرفع اكبر واذا ادخلها في مسمى المنعقدة وجعل المنعقدة تنقسم الى الغموس وغيرها عسر النظر
معه الا ان يكون لغة او سمع وقد روى الامام احمد في مسنده باسناد جيد صدوق بحوذته بن عبد
الهادي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديث مطول قال فيه خمس ليس لهن كفارة الشرك بالله عز وجل
وقتل النفس بغير حق وبهت مومن والفرار من الزحف ومين صابرة يقتطع بها مالا بغير حق اثمي
وكل من قال لا كفارة في الغموس لم يفصل بين اليمين المصبورة على مال كاذبا وغيرها وصابرة عيني
مصبورة كعيشة راضية وتقدم ان المصبورة المقتضى بانها مصبورة عليها اي محبوس والصبر حبس
النفس على المكروه ومنه قتله صبرا اذا لم يكن في حال تصرفه ودفعه مختارا عن نفسه قوله
والمنعقدة ما يحلف على امر في المستقبل ان يفعله او ليفعلن فاذا حنث لزمته الكفارة لقوله
تعالى ولكن يواخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته الاية ومانع قول ما يحلف مصدريه اي الحلف على امر
في المستقبل وهذا يفيد ان الحلف على ماض حانث فيه كوالله لقد قدم زيد امس لا تسمى منعقدة
ويقتضي انها اما ليست بيمين وهو بعيد او زيادة اقسام اليمين على الثلاثة وهو مبطل لحصرهم
السابق وفي كلام سمى الاية ما يفيد انها مما سمى قبيل اللغو فان اراد لغة فممنوع لانه ما لا فايدة له
وفي هذا اليمين فايدة تاكيد صدقه في نفس عند السامع وان اراد وهو لها في اللغو المذكور في الاية
بحسب الارادة فقد فسر السلف واختلفوا فيه ولم يقل احد بذلك فكان خارجا عن اقوال السلف والجواب
ان الاقسام الثلاثة فيما يتصور فيه الحنث لا في مطلق اليمين قوله وعين اللغو ان حلف على امر
وهو يظن انه كما قال والامر خلافه مثل والله لقد دخلت الدار والله ما كلمت زيدا ونحو ويدخل في
ذلك الافعال كما ذكرنا والصفات ومن الثاني ما في الخلاصة رجل حلف السلطان انه لم يعمل بامر كذا

فحلف ثم تذكر فعلم انه كان يعلم ارجوا ان لا حنث ونحوه فهذه اليمين نرجوا ان لا يواخذه الله بها صاحبها وانما
قيد محمد عدم المواخذة بالرجاء لانه مقطوع به في كتاب الله تعالى حيث قال لا يواخذكم الله باللغو
للاختلاف في معنى اللغو فتفسير محمد رحمه الله بما ذكر وهو مروي عن ابن عباس وبه قال احمد وقال
الشافعي كل يمين صدرت عن غير قصد في الماضي وفي المستقبل وهو مبين للتفسير المذكور لان الحالف على امر
يظنه كما قال لا يكون الا عن قصد وهو رواية عن احمد وهو معنى ما روي صاحب السنن عن عائشة رضي الله عنها
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم هو كلام الرجل في بيته كلا والله وبلى والله وقال الشعبي ومسروق لغو اليمين ان تحلف
على معصية فتتركها كالحانث يمينه وقال سعيد بن جبير ان يحرم على نفسه ما احل الله له من قول او عمل فلا اختلاف
في معنى اللغو على ما بينا والاصح ان اللغو هو بالتفسير الاول وكذا بالثالث متفق على عدم المؤاخذة
به في الآخرة وكذا في الدنيا بالكفارة فلم يتم العذر عن التعليق بالبر فافهم ووجه ما قيل انه لم يرد به التعليق
بل الشروع باسم الله والادب وهو كقوله صلى الله عليه وسلم لاهل المدينة لا حنوف واما بالتفسير
الرابع فغير مشهور وكونه لغو اهو اختيار سعيد **قوله** والناسي في اليمين والمكره والذي
وهو من يلفظ باليمين ذاهلا عنه ثم تذكر انه تكلم به وفي بعض النسخ الخاطي وهو من اراد ان يتكلم بكلام
غير الحلف فجرى على لسانه اليمين فاذا هي لزمته الكفارة لقوله صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد وهزلهن
جد النكاح والطلاق واليمين هذا ذكره المصنف وبعضهم لحاصب الخلاصة حبل مكان اليمين العتاق والمحفوظ
حديث ابي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة اخرجه
احمد وابو داود وابن ماجة وقد ورد حديث العتاق في مصنف عبد الرزاق من حديث ابي ذر قال قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم من طلق وهو لاعب فطلاقه جايز ومن اعتق وهو لاعب فعتقه جايز وروى ابن عدي في الكامل
من حديث ابي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ثلاث ليس فيهن لعب من تكلم بشيء منهن لاعبا فقد
وجب عليه الطلاق والعتاق والنكاح واخرج عبد الرزاق عن علي وعمر موقوفا انهما قالا ثلاثة لا لعب فيهن
النكاح والطلاق وفي رواية عنهما اربع وزاد والنذر ولا شك ان اليمين في معنى النذر فيقاس عليه واعلم
انه لو ثبت حديث اليمين لم يكن فيه دليل لان المذكور فيه جعل الهزل بالجد جدا والهازل قاصد اليمين غير
راض بحكم فلا يعتبر عدم رضاه به شرعا بعد مباشرته السبب مختارا والناسي بالتفسير المذكور لم يقصد
شيئا اصلا ولم يرد ما صنع وكذا المخطي لم يقصد قط التلفظ به بل بشيء آخر فلا يكون الوارد في الهازل واردا في
الناسي الذي لم يقصد قط مباشرة السبب فلا يثبت في حقه نفيا واثباتا واذا كان اللغو بتفسير هم
وهو ان يقصد اليمين من غير ان يريد بها حكم اليمين فلم يقصد اصلا بل هو كالنايم جرى على لسانه طلاق او
عتاق لا حكم له اولا ان يكون لها حكم اليمين وايضا فتفسير اللغو المذكور في حديث عايشة رضي الله عنها
رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو انه كلام الرجل في بيته كلا والله وبلى والله ان لم يكن له نفس التفسير
الذي فسر به الناسي فان المتكلم كذلك في بيته لا يقصد التكلم به بل يجري على لسانه بحكم العادة
غير مراد لفظه ومعناه ولو لم يكن اياه كان اقرب اليه من الهازل فحمل الناسي على اللاغي بالتفسير
المذكور اولى من حمله على الهازل وهذا الذي ادينه وتقدم لنا مثله في الطلاق غافلا **قوله**
والشافعي محتاج في ذلك فيقول لا يشعد بمن اكره والناسي والمخطي للحديث المشهور رفع عن
امتي الخطا والنسيان وما استكرهوا عليه قال المصنف وسنبين في الاكراه ان شاء الله تعالى واستدل
ابن الجوزي في التحقيق للشافعي واحمد رحمهما الله في عدم انعقاد يمين المكره بما رواه الدارقطني عن واثلة
بن الاسقع وابي امامة قالا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس على مقهور يمين ثم قال بعد بسنة ضعيف
قال صاحب تنقيح التحقيق حديث منكر بل موضوع وفيه جماعة لا يجوز الاحتجاج بهم **قوله** ومن فعل
المحلوف عليه مكرها او ناسيا فهو سواء يجب عليه الكفارة كما لو فعله ذاكرا ليمينه مختارا وعن كل من
الشافعي واحمد روايتان وما تحت وهو الاصح عندان في الحديث المذكور وقد مر جوابه في طلاق

المكره من كتاب الطلاق وهذا لان الفعل الحقيقي لا ينعدم بالاكراه وهو الشرط يعني بالشرط السبب
لوجوب الكفارة لانه الحنث وهو السبب عندنا واما يناسب حقيقته مذهب الشافعي ان السبب
عنده اليمين والحنث شرط على ما ذكر عرف والحاصل ان الوجوب يثبت عنده سببا كان او شرطا
وبالنسيان والاكراه لم ينعدم وجوده فاستعقب وجوب الكفارة وكذا اذا فعل المحلوف عليه
وهو مغمى عليه او مجنون تلزم الكفارة فيخرجا وليه او هو اذا افاق لما ذكرنا من تحقق الشرط اي السبب
حقيقة وقوله ولو كانت الحكمة في ايجاب الكفارة رفع الذنب جواب عن سوال مقدر وهو ان وجوب
الكفارة لرفع الذنب الحاصل بالحنث والذنب على الحانث اذا كان مغمى عليه او مجنونا فاجاب بان الحكمة
لا يجب حصولها مع شرع الحكم دايما بل تناط بمظنتها وهو كون شرع الحكم مع الوصف يحصل مصلحة او يدفع
ضررا كما في الاستبراء شرع وجوبه مع الملك الموكد بالتبني يحصل معه دفع مفسدة اشتباه النسب
فاجرى على نفس الشرائع التبني سواء كان ذلك الوهم حاصلا او لا كما في شراء الامة الصغيرة التي لم تبلغ حد
البلوغ واما قوله لم كان في شراء الامة البكر ومن امراة فليس بصحيح لان الوهم حاصل لجواز حبل البكر ومملوكة المراة
على ان كونها لرفع الذنب دايما ممنوع بل لتوفير تعظيم الاسم ان ينعقد على اسرع ثم يحلف عنه بحانا المعلم بذلك
في موضع يجب فيه الحنث او يندب والله اعلم **باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا قوله**
واليمين بالله او باسم من اسمايه يفيد لفظة احد من اسمايه فتامل والاسم الاخر كالرحمن والرحيم
والعزيز ومنه والذي لا اله الا هو ورب السموات والارض ورب العالمين ومالك يوم الدين والاول الذي ليس
قبله شيء والاخر الذي ليس بعده شيء واما قوله في قوله الطالب الغالب انه يمين لانه متعارف اهل
بغداد اذا حلف به لزم اما اعتبار العرف فيما لم يسمع من الاسامي الكتاب والسنة فان الطالب لم يسمع مخصوصا
بل الغالب في قوله تعالى والله غالب على امره واما كونه بناء على القول المفصل في الاسماء وسيذكر قول الخزانة
لا بد من كونه اسما خاصا فلو قال واسم الله وهو عام يقتضي ان لا يكون يمينا والمنقول لو قال باسم الله ليس
بيمين وفي المنتقى رواية بن رستم عن محمد انه يمين فليتامل عند الفتوى ولو قال بالله يكون يمينا ذكر ذلك
في الخلاصة وقوله او بصفة من صفاته التي حلف بها عرفا قيد في الصفة فقط فافاد ان الحلف بالاسم لا يتقيد بالعرف
بل هو يمين فتعارفوه او لم يتعارفوه وهو الظاهر من مذهب اصحابنا وهو الصحيح وهو قول مالك واحمد والشافعي
في قول وقال محمد ما لا يحلف بغير الله كالله والرحمن فهو يمين وما يسمى به غير الله كالحكيم والعليم
والقادر والعزيز فان اراد به يمينا فهو يمين وان لم يرد به فليس يمينا ورجحه بعضهم بانه ان كان مستعملا
لله سبحانه وتعالى ولغيره لا يتعين ارادة احدهما الا بالنية واما الصفة فالمراد به اسم المعنى الذي لا ينقضي ذاتا
ولا يحمل على غير هو كالعزة والكبرياء والعظمة بخلاف نحو العظيم فانه يكون الحلف بالمتعارف سواء كان
من صفات الفعل او الذات وهو قول مشايخ ما وراء النهر ولذا قال محمد في قوله وامانة الله عليه
ثم سئل عن معناه فقال لا ادري لانهم رايهم يحلفون به فحكم بانه يمين ووجهه انه اراد معنى والله الامين
فالمراد الامانة التي تتضمنها لفظة الامين كعزة الله التي هي بمعنى العزيز وكذلك في هذا فعدم كون دعاء الله
وغضبه وسخطه ودمته مما لم تعارف ويزداد العلم بانه يراد به المعلوم فقول البعض ابو المعين
في تبصرة الادلة ان الحلف بالعلم والرحمة والغضب مشروع ان كان مراده الصفة القايمة به فليس
على هذا الاصل بل هو على المجاز على قول الغاليين في الاسماء ان ما كان بحيث يسمى به الله تعالى وغيره ان اراد
به الله تعالى كان يمينا والا فلا يحمل مثله في الصفات المجردة عن الذات على الذات ان اريد به الصفة القايمة
به فهو كذلك والا فلا يتاتى منتفى هذا ان يجري في قدرة الله مثلا ان اريد به الصفة كان يمينا والمقدور
على ان يراد بالمصدر المفعول او المصدر ويكون على حذف مضاف اي اثر قدرته لا يكون يمينا وليس المذهب
ذلك انما نقول انما اعتبر ذلك فيما لم يتعارف الحلف به وقدرة الله الحلف بها متعارف فينصرف اليه الحلف
بلا تفصيل في الارادة ولمشايخ العراق تفصيل آخر هو ان الحلف بصفات الذات يكون يمينا وبصفات الفعل

لا يكون عينا وصفات الذات ما يوصف سبحانه بها ولا يوصف باضدادها كالقدرة والجلال والكمال والكبرياء والعظمة والعزة وصفات الفعل ما يوصح ان يوصف بها واضدادها كالصحة والمرض ليوصفه سبحانه بالغضب والسخط وقالوا ذكر صفات الذات كذكر الذات وذكر صفات الفعل ليس كذلك قيل يقصدون بهذا الفرق الاشارة الى مذهبهم ان صفات الفعل غير الله والمذهب عندنا ان صفات الله هو لا غيره وهذا لان الغير هو ما يصح انفكاكه زمانا او امكان او بوجود وحتى ان هذا اصطلاح محض ينبغي ان يبتني الفقه باعتباره وظاهر قول هو لا انه لا اعتبار بالعرف وعدمه بل صفة الذات مطلقا تحلف بها تعرف او لا وصفة الفعل تحلف بها ولو تعورف وعلى هذا فيلزم ان سمع الله وبصره وعلمه يكون يمينا وهو وجه واعتباره هو ان يكون يمينا انه لم يتعارف الحلف بها وان كانت من صفات الذات وقال بعضهم الاسماء التي لا يسمى بها غيره كرب العالمين والرحمن ومالك يوم الدين يلزم اخرها قدمناه او الباب يكون الحلف بها يمينا بحال وكذا الصفات التي يحتمل ان يكون غير صفاته كعزة الله وعظمته وجلاله وكبريائه وملكه فينعقد بها اليمين بكل حال وحاجة الى العرف بها خلاف الاسماء التي تطلق على غيره تعالى كعلم الله وقدرته فانه قد يستعمل في المعدوم والمعلوم انشاء كما يقال اللهم اغفر لك فيما وكذا صفات الفعل كخلقه ورزقه ففي هذه يجري التعليل بالتعارف وعدمه ووجهه الله يمين لا ان اراد الجارحة قوله الا قوله وعلم الله استثناء من صفاته لكن فيه هنا ان يقول التي يحلف بها عرفا فيقتضي ان علمه مما يحلف به عرفا فيمينا ولم الصدر فاخرجه من حكمه بعد دخوله في لفظه وليس كذلك لانه علله بانه غير متعارف فكان استثناء منقطعا لانه لم يدخل واورد عليه تعليل الثاني القدرة فانها تذكر ويراد بها المقدور وواجيب بالمنع فان المقدور يوصف بالوجود دون القدرة الا ان تحصيل الحاصل محال فلم يحتمل ارادته بالحلف وقيل الوجود والعدم والتعارف بالحلف بالعدم فلم يحتمل المراد بالحلف بالقدرة الا الصفة القائمة بذاته تعالى بخلاف العلم اذا اريد به المعلوم فانه يخرج المعلوم عن ان يكون معلوما بالوجود فظهر الفرق وهذا يوجب ان يصح ارادة المقدور بعد الوجود وهو غير صحيح اما وقوعا فلانه لو انظر اليه قدرة الله وليس المقصود قطعا الا الوجود واما تحقيقا فلان القدرة في المقدور اذا كان مجازا ينبغي ان يطلق عليه مقدور بعد الوجود باعتبار ما كان فيكون لفظ قدرة في المقدور بعد الوجود مجازا في المرتبة الثانية ثم الحق الاوقع للتعليل الثاني لان تعريف كون الحلف بالعلم ليس يمينا ليس الا على قول معتبري وعدمه في التي فالتعليل ليس الا بنفي التعارف فيه واما الوقوع على القول بان صفة الذات وغيرها وجب ان يكون يمينا كان العلم من صفات الذات فلا معتبر بانه يراد بالصفة المفعول على القولين فلا موقع للتعليل به قوله من حلف بغير الله ليس حالفا في اللغة لقوله في لسه عليه ولم من كان حالفا فليحلف بالله او ليصمت متفق عليه قال ولذا اذا حلف بالقرآن انه غير متعارف قال ومعناه ان يقول والنبي والقرآن اما اذا حلف بذلك بان قال انا بريء من النبي والقرآن كان يمينا لان التبري منها لغير فيكون في كل منها كفارة يمين عندنا ولذا هو بريء من الاسلام ان فعل كذا او محرمة شهد الله او لا الا الله ليس يمينا ولو رفع كتاب فقه او حساب فيه البسملة فقال هو بريء مما فيه ان فعل فعل لزمته الكفارة ثم يحتمل ان الحلف بالقرآن الان متعارف فيكون يمينا كما هو قول الائمة الثلاثة وتعليل عدم كونه يمينا بانه غير تعالى لانه حروف وغير المخلوق هو الكلام النفسي منع بان القرآن كلام الله منزل غير مخلوق ويحتمل ان المنزل في الحقيقة ليس الا الحروف المتقضية المتعدمة وما ثبت قدمه استحال عدمه غيرانهم اوجبوا ذلك لان العوام اذا قيل لهم القرآن مخلوف تعدوا الى الكلام مطلقا فاما الحلف بكلام الله تعالى فيجب ان يكون يمينا وهو وجه حسن سريع او مثل الحلف بحياة راسك وحياة راس السلطان فذلك ان اعتقد ان البر واجب فيه يكفر وفي تتمة الفتاوى قال علي الرازي الحاف على من قال بحياتي وهو انه يكفر ولو ان العامة

يقولونه

يقولونه ولا يعلمونه لقلت انه شرك وعن ابن مسعود رضي الله عنه لان احلف بالله كاذبا احب الي من ان احلف بغير الله صادقا قوله والحلف بحروف القسم اي قوله ومذكور في القرآن قال فوربك السما والارض انه لحق والله ربنا ما كنا مشركين وقال تعالى تالله لقد ارسلنا الآية ومثل للباء بقوله تعالى بالله ان الشرك لظلم عظيم وفيه اشكال كونه متعلقا بقوله تعالى قبله لا تشركوا ثم قالوا الباء هي الاصل لانها صلة الحلف والاصل احلف او اقسم بالله وهي للالصاق بلصق فعل القسم بالمحلوف به ثم حذف العامل لكثرة الاستعمال مع فهم المقصود ولما دخلت في المظهر والمضمر بحوتك لا افعلن ثم الواو بدل منها لمناسبة معنوية وهي ما في الالصاق من الجمع الذي هو معنى الواو فلكونها بدلا لم تخط عنها بدرجة فدخلت على المظهر والمضمر والتاء بدل عن الواو وهي من حروف الزيادة وقد ابدلت كثيرا منها كما في تجاه وتخمة وتراث فانحطت درجتها فلم تدخل من المظهر الا على اسم الله تعالى خاصة وما ورد في قولهم تربي وبرب الكعبة فشاذ عليه وذا بحياتك فدع قال بالله ما فعل كذا اختلفوا فيه والمختار ليس يمينا لعدم التعارف وعلى هذا بالواو والا ان نصاري ديارنا تعارفوه فيقولون واسم الله قوله وقد يضمر الحرف فيكون حالفا كقوله الله لا افعلن كذا لان حذف الفعل من عادة العرب يريد بالحذف الاضمار والعرف ان الاضمار يبقى اثره بخلاف الحذف وعلى هذا ينبغي ان يكون في حالة النصب الحرف محذوفا لانه لم يظهر اثره وفي حالة الجر مضمرا لظهور اثره وهو الجر في الاسم وقوله ثم قيل ينصب لانتزاع الخافض وقيل يخفض فتكون الكسرة دالة على المحذوف ظاهر في نقل الخلاف في ذلك وهو تبع المبسوط حيث قال النصب مذهب اهل البصرة والخفض مذهب اهل الكوفة وتوضيحه بانهما وجهان ساقطان للعرب ليس احد منكرا احدهما لبنائه الخلاف وعلى الرفع ايضا نحو الله لافعلن على اضمار مبتدا او لاولي كونه على اضمار خبر لان الاسم الكريم اعرف المعارف فهو اولى بان يكون مبتدا او التقدير الله قسمي او قسمي الله لافعلن غير ان النصب اكثر في الاستعمال وقوله في النصب لانتزاع الخافض خلاف اهل العربية بل هم عندهم بفعل القسم لما حذف الحرف اتصل الفعل به الا ان يراد عند انتزاع الخافض اي بالفعل عنده واما الجر فلانك انه بالحرف المضمر وهو قليل شاذ في غير القسم كقوله اذا قيل اي الناس شر قبيلة اشارت كليب بالاكف الاصابع اي الى كليب قوله وكذا اذا قيل له ان اكتب لنا بدل بها اي بالسلام قال تعالى لست مؤمنا به والقصة واحدة اورد عليه انها تبدل بما بمعنى ان توضع مكانها دالة على عين ما وضعت له والآيتين المعنى مختلف فان المنتفى له اي صدقتهم وانقدم اليه طاعة وامنت به لا يفيد تلك الزيادة ولو سلم فكونها وقعت حلفا خاص وكذلك وهو امنت بما يلزم في كل فعل يحوز كون معنى ذلك الفعل بنائي معنا لها فيه كلافه في القسم ولا يستعمل اللام الا في فتح متضمن معنى التعجب كقول ابن عباس دخل آدم الجنة فنظر بها مغرب الشمس حتى خرج وقولهم لا هو ذا لاجل استعمالها في مجرداته لا يصح الا ان يتعارف كذلك وقوله في المختار احترازا عما مر في ابي حنيفة انه اذا قال لغيره علي الاكلم فلانا انها ليست بيمين الا ان ينوي لان الصيغة للنذر ويحتمل معنى اليمين ولم يذكر في كثير من الشروح فائدة هذا الاحتراز ان لفظ في المختار في بعض النسخ لا كما فكان الواقع لهم ما ليس هو فيه هذا ولا فرق في ثبوت اليمين بين ان يعبر بالقسم به خطا او صوابا وليكنه خلافا لما في المحيط فيما اذا اسكن من الله لا يكون يمينا الا بنية ان معنى اليمين وهو ذكر اسم الله تعالى للمنع او يحمل معقودا بما اريد منعه او فعل ثابت فلا يتوقف على خصوصية في اللفظ قوله قال ابو حنيفة اذا قال وحق الله فليس بحالف وهو قول محمد واحدى الروايتين عن ابي يوسف وعنه اي عن ابي يوسف رواية اخرى انه يكون يمينا لمعنى اذا اطلق لان الحق من صفات الله تعالى وقد عد في اسمائه الحسنى قال تعالى ولو اتبع الحق اهواءهم وهو حقيقته اي ثبوت الذات موجودا فكأنه قال والله الحق والحلف به متعارف فوجب كونه يمينا وهذا قول الائمة

الثلاثة حتى قال احمد يقبل قوله يعني في عدم اليمين لانه اعرف بعرف الاستعمال في اليمين فانصرف الحق
اليه والمستحقه لنفسه من العظمة والكبرياء فصار كقدرة الله **قوله** ولما انه اي حق الله يراد به طاعة الله
اذ الطاعات حقوقه وصار ذلك متبادرا شرعا وعرفا حتى كانه حقيقته حيث لا يتبادر سواها ان يعلم
انها لا يخطر من ذكره وجوده وثبوت ذاته والحلف بالطاعات حلف بغير وغير صفته فلا يكون يمينا والمعدود
من الاسماء الحسنى هو الحق المعرف باللام وبهذا الوجه من التقرير اندفع ترجيح بعضهم القول بانه يمين بانه
تقوم ان ما كان من صفات الله يعبر به عن غيرها يعتبر فيه العرف وبه حصل الفرق بين علم الله وقدرته
واذا كان الحلف بقدرة الله يمينا للتعارف فبحق الله كذلك للتعارف فان التعارف يعتبر بعد كون
الصفة مشتركة في الاستعمال بين صفة الله وصفة غيره وقد بينا ان لفظ حق لا يتبادر منه ما هو صفة لله بل
ما هو من حقوقه فصار نفس وجوده ونحن كما تحقيقه المجوزة واما الاستدلال على انه يراد به الطاعات
بقول السائل للنبي صلى الله عليه وسلم ما حق الله تعالى على العباد فقال الاشتراك كما ابي اخرى كما وقع لبعض اصحابنا
فليس بشيء لان حمله بدلالة على العباد يبين المراد بالحق انه غير وجوده وصفته والكلام في لفظ حق غير مقرون
بما يدل على احد المعنيين بخصوصه فليس الوجه الا ما ذكرنا **قوله** ولو قال والحق يكون يمينا اي بالاجماع
كذا ذكره غير واحد واعترضه شارح بان الحق بالتعريف ملحق على غير تعالى لقوله تعالى فماذا بعد الحق الا
الضلال فما جاء الحق من عندنا فكيف يكون يمينا بالاخلاف للكن جوابه انه ان نوى اليمين باسم الله تعالى يكون يمينا
والا فلا انتهى وانت علمت انه اذا ثبت كونه اسما له تعالى لا يعتبر فيه النية وان اطلق على غيره والمانع ذلك
القول المقابل للمختار واما على القول المفصل بين ان يريد به اليمين وان لا يريد به فالحق يتبادر منه
ذاته تعالى فصار غير محتمل الا بدليل وبه يندفع قول اي نصر ان نوى بالحق اليمين كان يمينا والا فلا والا يلزم
بطلان قول من حكى الاجماع من الشارحين لانه يريد اجماع علمائنا الثلاثة فانه لا عبرة بخلاف غير المجتهدين
في انعقاد الاجماع ولو قال احتاط بان قال علي ان اعطيك كذا ونحن لا نكون يمينا لان الحق من اسمائه تعالى
فينصرف به اليمين والمنكر يراد به تحقيق الوعد وما نقل عن الشيخ اسماعيل الزاهد والحسن بن ابي
مطيع انه يمين لانه لم يضفه اليه تعالى فصار كالحق مردود بان المنكر ليس اسما له تعالى ومن الاقوال
الضعيفة ما قال البلخي ان قوله بحق الله يمين لان الناس يحلفون به وضعفه لما علمت انه مثل وحق الله
بالاضافة وعلى المختار في فيه وانه ليس يمينا فكذا بحق الله **قوله** ولو قال اقسم باالله اخرى اذا حلف
بفعل القسم فاما بلفظ الماضي او المضارع وكل منهما اما موصول باسم الله تعالى او بصفته او لا فاذا كان
ماضيا موصولا باسم مثل حلفت بالله او اقسمت او شهدت بالله لافعلن وكذا عزمت بالله لافعلن
فهو يمين بلا خلاف واذا كان مضارعا مثل اقسم بالله او اعزم بالله اخرى فكذلك عندنا وعند الشافعي
رحمه الله لا يكون يمينا الا بالنية لاحتمال ان يريد به المستقبل وعدا ووجه قولنا ان هذه الصيغة
حقيقة في الحال ومجاز في الاستقبال على ما تقدم في العتق للصحف ولهذا لا ينصرف اليه الا بقرينة
السين ونحوه فوجب صرفه الى حقيقته واما الاستشهاد بان في العرف كذلك كقولهم اشهد ان
لا اله الا الله فغير نظير لان ذلك بدلالة الحال للعلم بان ليس المراد الوعد بالشهادة وكذا قول الشاهد
اشهد بذلك عند القاضي ليس فيه دليل على انه في نفسه كذلك عرفا فجاز ان يقال هي للمستقبل ويستعمل
للحال بقرينة حالية او مقالية كالتقييد بلفظ الآن ونحوه وان ذكره من غير ذكر اسمه تعالى فيهما
مثل احلف لافعلن او اقسم او اشهد او اعزم او حلفت فعندنا هو يمين نوى او لم ينو وقال زفر ان نوى
يكون يمينا والا فلا وقال الشافعي ليس بيمين نوى او لم ينو وهو رواية احمد وقال مالك اذا نوى
في قوله اقسم بالله اخرى يكون يمينا وان اطلق فلا وجه قوله ان اقسم تحتمل ان يكون بالله او بغيره
فلا يكون يمينا وكذا احتمال العدة والاذن للحال فلا يتعين يمينا كذا قيل وانما يشهد لقول الشافعي ان نوى كان
يمينا والا فلا وجوابه ما ذكر المصنف من انه حقيقة في الحال فانصرف اليه ومن انا الحلف بالله هو المعهود

المشروع وبغيره محظور فصرف اليه اي الى الحلف بالله وهذا قيل لا يحتاج الى النية وقيل لا بد من النية
لاحتمال العدة اي لاحتمال استعماله في المستقبل لاحتمال اليمين بغير الله تعالى فتدخل في المصنف وغيره
هذا الخلاف صرح في المذهب ومنهم من صرح بانه اذا لم يذكر المقسم به يكون يمينا عند علمائنا الثلاثة
نوى او لم ينو يعني اذا نوى اليمين او لم ينو شيئا اما اذا نوى غيره فلا شك انه لا يكون يمينا فيما بينه وبين الله
تعالى الا ان يكون حالفا ممن يستحق اليمين عليه شرعا فان اليمين على نية المستحلف الحالف حينئذ وقد
وقع في هذه المسئلة خبط في موضعين اشد هما في الحكم وهو توهم صاحب النهاية ان مجرد قول القائل اقسم
او احلف موجبا للكفارة من غير ذكر محلوف عليه والحنث اذا ورد السوال القابل اليمين ما كان حاملا
على شيء او تركه وعند فوات موجبا للكفارة على وجه الخلافة فقوله افتهم هنا ليس موجبا شيئا من
البر مجردا لانه لم يعقد يمينا على فعل شيء او تركه فكيف يكون يمينا والا ان الكفارة لستر ذنب هتك
حرمة الاسم وليس في اقسم مجردا هتك فكيف يوجب الكفارة ثم اجاب بان اقسم الحق يقول على يمين
فان ذلك موجب للكفارة ذكره في الذخيرة وغيرها فقال لو قال علي يمين او يمين الله فهو يمين وفي المنتقى
لو قال علي يمين لا كفارة لها تجب الكفارة وان نفى الكفارة صريحا لان قوله علي يمين لما كان موجبا للكفارة
لا يعيد قوله لا كفارة لها ثم قال واذا كان كذلك لان كلمة على للايجاب فلما كان كذلك كان هذا اقرارا على
موجب اليمين وموجبها البر ان امكن والا فالكفارة ولم يلزمه تحقيق البر هنا لانه لم يعقد يمينه على شيء فكان
اقرارا على الموجب الاصلي وهو الكفارة على وجه الخلافة وبالاقرار يجب الحد فكذا الكفارة وكذا اذا قال علي
نذر فيه كفارة يمين على ما يجيء بعد هذا فلما كان كذلك في قوله علي يمين وعلي نذر كان في قوله اقسم عند
قران النية بالقسم لان الاصل هذا الاستعمال الفقهي ثم قال وحاصل ذلك ان قوله اقسم لما كان عبارة
عن الاقرار بوجوب الكفارة لم يحتج الى وجوب البر ابتداء والى تصور هتك حرمة الاسم وقد شنع
على هذا بان اليمين يذكر المقسم عليه وما ذكر في الذخيرة من ان قوله علي يمين موجب للكفارة معناه اذا وجد
ذكر المقسم عليه ونقضت اليمين والا سئل في ذلك واما ترك ذلك للعلم به فان المقصود الذي يحمل ان يخفى
هو ان قوله علي يمين هل يجري مجرى قول القائل والله او لا فاما ان مجرد ذكر ذلك يحتمل ان يجب الكفارة
فلا فلا يحتاج الى التنصيص عليه الا ترى الى قول محمد في الاصل وان حلفت بالله او باسم من اسمائه او قال
والله او بالله او علي عهد الله او ذمته او يهودي او نصراني او بريء من الاسلام او قال اشهد او اشهد بالله
او احلف او احلف بالله او اقسم او اقسم بالله او علي نذر او نذر الله او اعزم او اعزم بالله او علي يمين
او يمين الله فاذا يمين ذلك فهن كلهن ايمانا فاذا حلف بشيء منها ليفعلن كذا او كذا فحنث وجبت عليه الكفارة
وقد ذكر منها هو يهودي او نصراني او ان يقول لله وبالله وتالله وهم على كل منها انه يمين ولم يلزم من ذلك
ان مجرد قوله والله او قوله هو يهودي تلزمه الكفارة بل صرح باشتراط الحنث في كل منها للزوم
الكفارة كما سمعت قوله واذا حلف بشيء منها ليفعلن كذا او كذا فحنث وجبت الكفارة والا من الظاهر
ان مجرد الاقرار بوجوب الكفارة لا يوجب الكفارة الا ان كان في الفقه لانه يواخذ باقراره وليس الكلام
في ان يقول اقسمت عند القاضي بل لو اتى به كان سبيله ان يفتيه بقوله ان كنت صادقا فعليك
الكفارة وانما الكلام في الحنث في اليمين وهو الذي تحقيق الحق ان قوله علي يمين اذا لم يرد عليه على وجه
الانشاء الاخباري وهي الكفارة بناء على انه التزام الكفارة بهذه العبارة ابتداء كما يأتي في قوله
علي نذر اذا لم يرد عليه فانه مثله من صيغ النذر ولو لم يكن كذلك لغى خلاف احلف واشهد ونحوهما
ليست من صيغ النذر ولا ثبت به الالتزام ابتداء والموضع الآخر استدلال صاحب النهاية وغيره على
ان مجرد قوله احلف او اقسم يمين بقوله تعالى يحلفون لكم لترضوا عنهم وقوله اذا اقسموا بصيغتين
والخفي على احد ان قوله اقسموا اخبار عن وجود قسم منهم وهو لا يستلزم ان ذلك القسم كان قولهم نشهد
بصريحها فانهم لو قالوا والله نصيرا صحيحين لصح ان يقال في الاخبار عنهم اقسموا بصيغتين وقد قال في يحلفون

لكم لزعموا انهم لا يلزم كون حلفهم كان بلفظ الحلف اصلا فضلا عن الحلف بلا ذكر اسم الله تعالى وانما استدل
لانك بحديث الذي راي رويا فقصها على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ابو بكر ايذن لي ولا غيرا فاذن له
فعبرها ثم قال اصبت يا رسول الله فقال اصبت واخطات فقال اقسمت يا رسول الله لتخبرني فقال
لا تقسم هكذا رواه احمد وهو في الصحيحين بلفظ اخر قوله ولو قال بالفارسية سوكند مي خورم بخداي
يكون يمينا لانه يحتمل ان معناه احلف الان بالله ولو قال سوكند خورم قيل لا يكون يمينا لانه مستقبل
ولو قال سوكند خورم بطلاق زنم يعني احلف بطلاق زوجتي لا يكون يمينا لعدم التعارف في
الطلاق كذلك قوله وكذا قوله لعمر الله وايم الله يعني يكون حالفا كما هو حالف في اقسم بالله واخواته
لان عمر الله بناؤه وفيه ضم العين وفتحها الا انه لا يستعمل المضموم في القسم والالف المفتوحة الواقعة في لفظ
خلاف عمر العلم فانها الحقت للفرق بينه وبين عمر والفرق من صفة الذات على ما سرى في قاعدته وهو ان يوصف به
البعض وكانه قال وبقاء الله كقدرة الله وكبريائه واذا دخل عليه اللام رفع على الابتدا وحذف الخبر اي
لعمر الله قسمي وان لم يدخله اللام نصب نصب المصادر فيقول عمر الله ما فعلت ويكون على حذف حرف
القسم كانه الله لا افعلن واما قولهم عمرك الله ما فعلت فمنعناه باقرارك بالبقا وينبغي ان لا ينعقد يمينا
لانه حلف بفعل المخاطب وهو اقراره واعترافه واما ايم الله فمنعناه ايمن الله وهو جمع يمين على قول
الاكثر مخفف بالحذف حتى صار ايم الله ثم خفف ايضا فقيل م الله لافعلن كذا فيكون ميما واحدة وبهذا
يندفع سيبويه ان يكون جمعا لان الجمع لا يبنى على حرف ولعدو يقال من الله بضم الميم والنون وفتحهما
وكسرهما وهمزة ايمن بالقطع وانما وصلت في الوصل تخفيفا لكثرة الاستعمال ومذهب سيبويه انها همزة
وصل اجتلبت ليمكن النطق كهمزة ابن وامرء من الاسم الساكنة الاوايل وانما كان كل منها يمينا لان الحلف
بها متعارف قال تعالى لعمرك انهم لفي سكرتهم يعمهون وقال صلى الله عليه وسلم في حديث امارة اسامة بن زيد
حين طعن بعض الناس في امارته ان كنتم تطعنون في امارته فقد كنتم تطعنون في امارة ابيه من قبل
وايم الله ان كان لخليقا بالامارة الحديث في البخاري قوله وكذا قوله وعهد الله وميثاقه يمين اذا اطلق
عندنا وكذا عند مالك واحمد وعند الشافعي لا يكون يمينا الا بالنية لان العهد والميثاق يحتمل العبادات
فلا يكون يمينا بغير النية وقوله تعالى واوفوا بعهد الله اذا عاهدتم ولا تنقضوا الايمان لا يفيد ان
العهد يمين لجواز كونها شيئين الامر بالوفا بالعهد والنهي عن نقض الايمان الموكدة بالي بمعنى فرض التقض
فاستدلالكم به على انها عين لا يتم وهذا لان ايجاب الوفا بالعهد لا يستلزم ايجاب الكفارة بخلاف
ما عقد عليه الا لو ثبت في مكان اخر في الشرع انه كذلك قلنا ان اهل التفسير لما جعلوا المراد بالايمان
هي العهود المتقدم ذكرها وما هو في معناها وجب الحكم بانعقاد ايمانها وان لم يكن حلفا بصفة
الله كالحكم بان اشهد يمينا وان لم يكن فيه ذلك وايضا غلب الاستعمال لها في معنى اليمين فيصير فاقرا به
فلا يصير فيها عنه الا بنية عدمه فاما في حالات ثلاثة اذا لو قال اليمين او لم ينو يمينا او غيرها فهو يمين وان قصد
غير اليمين فليس بيمين فيما بينه وبين الله تعالى وكذا الذمة والامانة كان تقوله وذمة الله او وامانة الله
لافعلن واستدل على كونها يمينا بانه صلى الله عليه وسلم كان اذا بعث جيشا يقول اذا حاصرتم اهل
مصر او مدينة فاراد وكم على ان تنطوهم ذمة الله وذمة رسوله فلا تنطوهم فدل على انها يمين
والمعنى انه لا يستلزم ذلك والميثاق بمعنى العهد وكذا الذمة وهذا يسمى الذي عاهد او الامانة
على هذا الخلاف فعندنا ومالك واحمد هو يمين وعند الشافعي في النية الا انها فسرت بالعبادات قلنا غلب
ارادة اليمين اذا ذكرت بعد حرف القسم فوجب عدم توقفها على النية للعادة الغالبة واعلم ان في سنن
ابي داود من حديث بريدة عنه صلى الله عليه وسلم من حلف بالامانة فليس منا فقد يقال انه يقتضي
عدم كونه يمينا والوجه انه انما تقتضي منع الحلف به ولا يستلزم ذلك انه لا يقتضي الكفارة
عند الحنث والله اعلم ولو قال علي عهد الله وامانته وميثاقه ولا نية له فهو يمين عندنا ومالك واحمد

ولو

ولو حنث لزمته كفارة واحدة وحكي عن مالك يجب عليه بكل لفظ كفارة لان كل لفظ يمين بنفسه وهو
قياس مذهبنا اذا كرر الواو كما لو قال والله والله والرحمن والرحيم الا في رواية الحسن عن ابي حنيفة
وعند الشافعي اذا قصد بكل لفظ يمينا تعددت الايمان وان لا يكون الجمع بين الالفاظ للتوكيد فتجب
كفارة واحدة قلنا الواو للعطف وهو موجب للمغايرة قوله وكذا اذا قال علي نذر او علي نذر الله
يعني يكون يمينا اذا ذكر المحلوف عليه بان قال علي نذر الله لافعلن كذا او لافعل كذا حتى اذا حنث لزمته
عليه لزمته كفارة يمين هذا اذا لم ينو بهذا النذر المطلق شيئا من القرب كحج او صوم فان كان نوى
بقوله علي نذر ان فعلت كذا قربة معصودة يصح النذر كما تقدم فعلى لزمته تلك القربة قال الحاكم
وان حلف بالنذر فان نوى شيئا من حج او عمرة فعليه ما نوى وان لم يكن له نية فعليه كفارة يمين وهو قول
ان قول صلى الله عليه وسلم من نذر نذرا لم يسمه فكفارته كفارة يمين رواه ابو داود من حديث ابن عباس
رضي الله عنهما يوجب فيه الكفارة مطلقا الا انه لما نوى بالمطلق شيئا من القرب كان كالمسمى لانه
سماه بالام التعليل وانما يضرف الحديث اليها ملاءمة معه من لفظ النذر فاما اذا قال علي نذر او نذر
الله ولم يزد على ذلك فهذا لم يجعله يمينا لان اليمين انما تتحقق المحلوف عليه فالحكم فيه ان تلزمه
الكفارة فتكون هذه الالتزام الكفارة ابتداء بهذه العبارة فاما اذا ذكر صيغة النذر بان يقول
لله علي كذا صلاة ركعتين مثلا او صوم يوم مطلقا عن الشرط او منعلقا به او ذكر لفظ النذر مسمى معه
المنذور مثل لله علي نذر صوم يوم ان صليت معلقا او منجزا فسيأتي في فصل الكفارة تظهر الفرق بين صيغة
النذر ولفظ النذر فقوله ولو قال ان فعلت كذا فهو يهودي او نصراني او كافر يكون يمينا فاذا فعل
لزمه كفارة يمين وبهذا قال علي بخلاف ما نقل عن ابن عباس انه صلى الله عليه وسلم حرم مارية على نفسه
فانزل الله تعالى يا ايها النبي لم تحرم ما احل الله لك ثم قال قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم ووجه الاتحاف
انه لما جعل الشرط وهو فعل كذا اعلما على كفره ومعتقده حرمة كفره فقد اعتقده اي الشرط واجب
الامتناع فكانه قال حرمت على نفسي فعل كذا كدخول الدار ولو قال دخول الدار مثلا علي حرام كان
يمينا فكان تعليق الكفر ونحوه على فعل مباح يمينا اذا عرف هذا فلو قال ذلك لشيء قد فعله كان يمينا
ان كنت فعلت كذا فهو كافر وهو عالم انه قد فعله فهو يمين الغموس لا كفارة فيها الا التوبة وهل يكفر
حتى يكون التوبة اللازمة عليه التوبة من الكفر وتجديد الاسلام قيل لا وقيل نعم لانه تنجيز معنى انه
لما علقه بامر كائن فكانه قال ابتدا هو كافر والصحيح انه ان كان يعلم انه يمين فيه الكفارة اذا لم يكن
غموسا لا يكفر وان كان في اعتقاده انه يكفر به يكفر فيها لانه رضي بالكفر حيث اقدم على الفعل الذي
علق عليه كفره وهو يعتقد انه يكفر اذا فعله واعلم انه ثبت في الصحيحين عنه صلى الله عليه وسلم انه قال
من حلف على يمين ملة غير الاسلام كاذبا متعمدا فهو كما قال فهذا ابتدا اي اعلم من ان يعتقده يمينا او
كفرا والظاهر انه اخرج مخرج الغالب فان الغالب ممن يحلف بمثل هذه الايمان ان يكون من اهل الجهل
من اهل العلم والجحود وهو لا يعتقدون الالزوم الكفر عليه بتقدير الحنث فان تم هذا والا فالحديث
شاهد لمن اطلق القول بكفره قوله ولو قال ان فعلت كذا فعليه غضب الله او سخطه فليس بحالف
لانه دعا على نفسه ولا يتعلق الشرط اي لا يلزم بسببية الشرط له غاية الامر ان يكون نفس الدعا معلقا
بالشرط فكانه عند الشرط دعا على نفسه ولا يستلزم وقوع المدعو به ذلك متعلق باستجابة دعايه وانه
غير متعارف وكذا اذا قال ان فعلت كذا فهو زان او فاسق او سارق او شارب خمر او اكل ربا لا يكون يمينا
اما او لا فلان معنى اليمين ان تعلق ما يوجب امتناعه على الفعل بسبب لزوم وجوده عند الفعل وليس
لمجرد وجود الفعل يصير زانيا او سارقا لانه لا يصير كذلك الا بفعل مستانف يدخل في الوجود ووجود
هذا الفعل ليس لازما لوجود المحلوف عليه حتى يكون مرجبا امتناعه عنه فلا يكون يمينا بخلاف الكفر
فانه بالرضي به يكفر من غير توقف على عمل اخر اذ معتقد الرضي بتحقق عباشرة الشرط فيوجب عنده

الكفر لان اول طائفة من العلماء بالكفار واما ثانيا فلان حرمة هذه الاشياء تحتمل السقوط وهو المراد بقوله
تحتمل النسخ والتبديل اما الخمر فظاهر واما السرقة فعند الاضطرار الى اكل مال الغير وكذا اذا اكرهت
المراة بالسيف على الزنى وحرمة الاسم لا تحتمل السقوط فلم يكن حرمة هذه الاشياء بمعنى حرمة الاسم
وهذا فيه نظر لان كون الحرمة تحتمل الارتفاع او تحتمله لاثر له فانه ان كان يرجع الى تحريم المباح فهو
غير مع ان ذلك المباح يحتمل تحريمه الارتفاع وان لم يرجع اليه لا يكون يمينا فلا معنى لزيادة كلام ادخل
له وانه ليس متعارف ان يقال ان فعلت فانا يهودي او نصراني او مجوسي الا يكون يمينا **فروع** في تعدد اليمين ووحدتها
وغير ذلك اذا عدد ما حلف به بلا واو مع اختلاف اللفظ او عدم اختلافه فهو يمين واحد كان يقول والله
الرحمن الرحيم وكان يقول والله الا ان تعليل هذا انابة جعل الثاني نعتا للاول موصولا وكذا بلا اختلاف
مع الواو نحو والله والله وهو بري من الله ورسوله وان كان بواو فهو ايضا في الاختلاف نحو والله والرحمن والرحيم
تتعدد اليمين بتعدد ها وكذا بواو بين مع الاتحاد نحو والله ووالله فينعقد به انه لو قال والله ووالله والرحمن
انها ثلاثة ايمان او هو بري من الرسول بري من رسوله يمينان حتى لو قال هو بري من الله وبري من رسوله والله
ورسوله منه بريان ان فعل ففي اربعة ايمان فيلزمه لفعل ما سمى اربع كفارات هذا ظاهر الرواية
وروى الحسن عن ابي حنيفة ان عليه في المختلفة كفارة واحدة لان الواو الكائنة بين الاسماء للعطف
وبه اخذ مشايخ سمرقند واكثر المشايخ على ظاهر الرواية فلو قال بواوين كوالله ووالرحمن فكفارتان
في قولهم وروى بن سماعة في غير المختلفة عن محمد نحو والله والله مطلقا هذا قبل ذكر الجواب اما لو قال
والله لا افعل كذا ثم اعاده بعينه فكفارتان وكذا لو قال لامرانه والله لا اقربك ثم قال والله لا اقربك
فعن ابي حنيفة لزمه كفارتان روى ذلك عن ابي يوسف وسواء كان ذلك في مجلس او مجالس وروى الحسن انه ان نوى
بالثاني الخبر عن الاول صدق ديانة وهي عبادة فتامل فيها وانا المراد ان يريد بالثاني تكرار الاول وتاكيده
واختار هذا الامام ابو بكر محمد بن الفضل قال فان نوى به المبالغة او لم ينو شيئا يلزمه كفارتان وقد مر
في الايلاء في التجريد عن ابي حنيفة اذا حلف بايمان على لكل يمين كفارة والمجلس والمجالس فيه سواء ولو قال
عنيت بالثاني الاول لم يستحلف في اليمين بالله ولو حلف محجة او عمرة يستقيم وهذا يخالف ما ورد في الحسن
وفي الخلاصة عن نسخة الامام السرخسي في ايمان الاصل اذا حلف على امر ان لا يفعله ثم حلف في ذلك
المجلس او في مجلس اخر ان لا يفعله ابدا ثم فعله ان نوى عينا مبتدا او التشديد او لم ينو فعليه كفارة
واحدة لان الثاني تاكيد للاول فعليه كفارة واحدة وقد مر في الايلاء لو قال والله لا اكلم فلانا يوما
والله لا اكلمه شهرا والله لا اكلمه سنة ان كلمه بعد ساعة فعليه ثلاثة ايمان لانه انعقد على تلك
الساعة ثلاثة ايمان يمين اليوم ويمين الشهر ويمين السنة فعليه اذا كلمه بعد ساعة ثلاث كفارات
وان كلمه بعد يوم فعليه كفارتان لان يمين اليوم انحلت قبله فبقي عليه ذلك اليوم عينا وان كلمه بعد شهر
فكفارة واحدة وان كلمه بعد سنة فلا شئ عليه وعرف في الطلاق انه لو قال ان دخلت فانت طالق ان
دخلت فانت طالق ان دخلت فانت طالق ودخلت وقع عليها ثلاث تطليقات وهناك الاصل انه اذا قال هو
يهودي هو نصراني ان فعل كذا فهو يمين واحدة ولو قال هو يهودي ان فعل كذا هو نصراني ان فعل كذا فيمينان
عند ي ان مسئلة تعدد اليمين منوط بتكرار المحلوف عليه من تكرار الالتزام بالكفر ولو قال برئ من الكتب
الاربعة فهو يمين واحدة وكذا لو قال هو بري من التوراة والانجيل والزبور والفرقان يكون يمينا واحدة
ولو قال هو بري من التوراة وبري من الانجيل وبري من الزبور وبري من الفرقان فهي اربعة ايمان
ولو قال هو شريك اليهودي هو كقوله يهودي ولو قال يراني من هذه الثلاثين يوما مني شهر
رمضان ان اراد من فرض يكون يمينا او عن اجر فاولم ينو شيئا يكون يمينا والاحتياط هو يمين ويلزمه
قضاء الصلاة التي صلاها وهذا يلزمه مني بخلاف قوله من القرآن الذي تعلمت واختلف فيه
يروى عن الشعبية في مجموع النوازل الاصح انه ليس بيمين ولو قال دخلت الدار امس فقال نعم فقال

له والله لقد دخلتها فقال نعم فهو حالف وروى بشر عن ابي يوسف قال لا حتى ان كلمت فلانا فعبدي حر
فقال نعم اما باذنك فهذا ان كلم بغير اذنه يحنث ولو قال رجل لاخر والله لافعلن كذا ووالله لتفعلن كذا
فقال الاخر نعم فان اراد المبتدي الحلف وكذا المجيب فهما حالفان على كل منهما كفارة ان لم يفعل المجيب ان قوله
نعم جواب وهو يستدعي اعادة ما في السؤال فكانه قال نعم والله افعلن كذا وان نوى المبتدي الاستحلاف
والمجيب الحلف فالمجيب هو الحالف وان لم ينو كل منهما شيئا فالحالف هو المجيب في قوله الله وفي قوله
والله بالواو والحالف هو المبتدي وان اراد المبتدي الاستحلاف فاراد المجيب الا يكون عليه يمين
وان يكون قوله نعم وعدا باليمين فهو كما نوى ويمين قبل واحد منهما ولو قال بالله فهو كقوله والله في جميع
ذلك قال المديون ان لم تقض دينى عدا فامرأتك طالق فقال المديون نعم فقال له الرجل قل نعم فقال
نعم واراد جوابه يلزمه اليمين ثانيا فيطلق ثنتين وان دخل بينهما انقطاع في الفتاوى وفي مجموع
النوازل قال الاخر والله لا اجيء اليك ضيافتك فقال الاخر وانا مجيء اليك ضيافتي قال نعم يصير حالفا
ثانيا **فصل في الكفارة** الكفارة فعاله من الكفر وهو الستر وبه سمي الليل كافرا قاله
في لسان العرب وهو ستر الجرم بما وتكفير بثوبه اشتمل به واضافها الى اليمين في قولنا كفارة اليمين اضافه
الى السبب مجازا وعند الشافعي اضافة الى السبب فاليمين هو السبب وسيذكر المصنف المسئلة
قوله فكفارة اليمين عتق رقبة اي اعتاقها نفس العتق فانه لو ورث من يعتق عليه قوى عن
الكفارة يجوز ويجزي فيها ما يجزي في الظهار وتقدم المجزي في الظهار من انها المسلمة والكافرة والذكر
والانثى والصغيرة والاعور والمقطوع احد اليدين
واحد الرجلين من خلاف ولا يجوز مقطوع من جهة واحدة ولا مقطوع اليدين والرجلين وفي الاصم اختلاف
الرواية والاصح انه اذا كان بحيث اذا صيح عليه يسمع جاز ولا يجوز المجنون الذي لا يفيق وفيمن يفيق
ويجن يجوز والمدبر وام الولد لانها استحقا فيها الحرية تنقص الرق فيها بخلاف المكاتب الذي لم يؤد شيئا
فانه يجوز بخلاف الذي ادى بعض بدله لانه كالعتق بعوض وان شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوبا
ثوبا او بعني ان كساه ثوبين او ثلاثة فهو افضل وادناه ما تجوز فيه الصلاة وان شاء اطعم عشرة
مساكين كالاطعام في كفارة الظهار وهي نصف صاع من بر او صاع من تمر او شعير ذكر الكرخي باسناده
الى عمر رضي الله عنه قال صاع من تمر او شعير او نصفه من بر وباسناده الى علي رضي الله عنه قال كفارة
اليمين نصف صاع من حنطة وبه نأخذ وبه قال الحسن رضي الله عنه قال بعديهم وبعشيهم وباسناده الى
مجاهد قال كل كفارة في القرآن نصف صاع من بر لكل مسكين ولو غداهم وعشاهم وفيهم فطيم اوفوه
فانه يجزيهما لان الطعام مسكين ويجوز ان يغديهم ويعشيهم كخبز ان كان بر الا يشترط الادام وان كان
غير فيه ادام ويجوز في الاطعام كل من التمليك والاباحة وتقدم والاصل فيه قوله تعالى فكفارته اطعام
عشرة مساكين من اوسط ما تطعمون اهليكم او كسوتهم او تحرير رقبة وكلمة او للتخيير فكان الواجب
احد الاشياء الثلاثة والعبد اختيار في تعيين ايها شاء وتعيين الواجب عينا بفعل العبد والمسئلة
طويلة في الاصول وهل يتم بقدر على العتق والكسوة والاطعام العبد فلا يكون كفارة عينه
الا بالصوم ولو اعتق عنه مولاه او الطم او كسى لا يجزيه وكذا المكاتب والمستسعى ولو صام العبد
فعتق قبل ان يفرغ ولو بساعة فاصاب ما وجب عليه استيناف الكفارة بالمال **قوله** فان لم
يقدر على احد الاشياء الثلاثة من الاعتاق والكسوة والاطعام كان عليه صوم ثلاثة ايام متتابعات
وقال الشافعي يجزيه التتابع والتفريق لاطلاق النص وهو قوله صيام ثلاثة ايام وهو قول مالك
وفي قول اخر شرط التتابع كقولنا وهو ظاهر مذهب احمد ولنا قراءة ابن مسعود رضي الله عنه فصيام
ثلاثة ايام متتابعات وهي كالخبر المشهور وشهر تها على ما نقل ابي حنيفة رضي الله عنه والخبر
المشهور يجوز تقييد النص القاطع به فيتقيد ذلك المطلق به فان قيل اثبت في كان اولى بذلك منكم

بانه يحمل المطلق على المقيد وان كانا في حادثين وانتم تحملونه في حادثة فجوزتم على موجب ذلك
منادبر كمن في صدقة الفطر في قوله اد وا عن كل حر وعبد وقوله اد وا عن كل حر وعبد من المسلمين
اجيب عنا بانا انما نحمل في الحادثة الواحدة للضرورة وليستحيل ان يكون الفعل الواحد مطلوبا بقيد
زائد على المطلق وبقيد اطلاقه للتنافي بينهما فان الاول يقتضي الاجزاء بالمقيد التابع والاجزي
التفريق والثاني يقتضي جواز معز فالجواز متنابعا واذا وجب القيد الاول لزم انتفاء الثاني
فلزم الحمل ضرورة وهذه الضرورة منتفية في صدقة الفطر لورود النصين المطلق والمقيد للاسباب
والاسباب في الاسباب فيكون كل من المطلق والمقيد سببا وهذا كلام كناج اليه تحقيق وتحقيق ان الحمل
لما اوجب الضرورة وهي المعارضة بين المطلق والمقيد والمعارضة بينهما والما لو قلنا بموجب الحالف
فانه حينئذ يكون الحاصل من المطلق ان ملكه العبد سبب لوجوب الاداء عنه مسلما كان او كافرا والحاصل
من المقيد ملك العبد المسلم سبب وغير المسلم ليس سببا لفرض دلالة المفهوم فيتعارضان في غير المسلم
فاذا اخرج من تقديم المفهوم على الاطلاق لزم انتفاء سببية غير المسلم ولزم ان المراد ان المسلم فقط
هو السبب وهو الحمل ضرورة لكنا لما لم نقل به بقي مقتضى المطلق بلا معارض وهو ان المسلم وغيره سبب
واجبنا بما لزم اثبات في رصه الله بان هذه الكفارة تجاوزها اصالة التتابع وعدمه تحمل المطلق
على المقيد بالتتابع في كفارة القتل يوجب التتابع وحمله على صوم المتعة بناء على انه عندهم جبر
يوجب التعدد فتترك الحمل على كل منها للتعارض وعمل باطلاق نص الكفارة قوله ثم المذكور في الكسوة
في الكتاب اي المبسوط او مختصر القدوري في بيان ادنى الكسوة المسقطة للواجب من انه ما تجوز فيه
الصلاة مروي عن محمد رحمه الله فيجزيه دفع السراويل وعنه تقييده بالرجل فان اعطى السراويل للمرأة
لا يجوز لانه لا يصح صلاتها فيه وعن ابي حنيفة وابي يوسف ان ادناه ما يستر عامة بدنه ولا يجوز
السراويل على هذا وهو الصحيح لان لابس السراويل يسمى عريانا عرفا فعلى هذا لابد ان يعطيه قميصا او جبة
او درعا او قباء او ازارا وسابلا يحيث يتوشح به عند ابي حنيفة وابي يوسف والاصح هو السراويل ويجزي
العمامة لانه ان امكن ان يتخذ منها ثوب مجزي مما ذكرنا واما القلنسوة فلا تجزي بحال وان كان قد
روي عن عمران ابن الحسين انه سيل عن ذلك فقال اذا لقدم وقد على الامير واعطاهم قلنسوة
قيل قد كساهم فلا عمل على هذا وعن ابن عمر رضي الله عنهما انه يجزي اقل من ثلاثة اثواب قميص ومئزر
ورداء وعن ابي موسى الاشعري ثوبان قال الطحاوي هذا كله اذا دفع للرجل اما اذا دفع الى المرأة
فلابد من خمار مع الثوب لان صلاتها لا تتم دونه وهذا بناء به الرواية التي عن محمد في دفع السراويل
انه للمرأة لا يكفي وهذا كله خلاف ظاهر الجواب وانما ظاهر الجواب ما بينت به اسم المكتسي وينتفي
عنه اسم العريان وعليه بنى عدم اجزاء السراويل لصحة الصلاة وعدمها فانه لا دخل له في الستر
بالكسوة اذ ليس معناه لاجل التقرب مكتسيا على ما ذكرنا والمرأة اذا كانت لابسة قميصا سابلا وازارا
وخمارا غطى راسها واذنيها دون منزرها لا شك في ثبوت اسم انها مكتسية لا عريانة ومع هذا لا صح
صلاتها فالغرض لثبوت ذلك الاسم صحت الصلاة او انتفاء اعتبار التقرب والتنفي عندنا عند ارادة التكفير
وعند ان في عند الحنث فلو كان موسرا عند الحنث ثم اعسر عند التكفير اجزاه الصوم عندنا
وبكسوته لا يجزيه وعند ان في على القلب قياسه على الحد فان المعتبر وقت الوجوب للتضيف
بارق وقلنا الصوم خلف عن المال كالتيمم فانما يعتبر فيه وقت الاداء اما حد العبد فليس ببدل عن حد
الحر فلا يصح قياسه عليه قوله من ما لا يجزيه لو اعطى اخره يعني لو اعطى الفقير ثوبا لا يجزيه
عن الكسوة الواقعة كفارة بطريق الكسوة مثل السراويل على المختار او نصف ثوب يجزي وقيمته
تبلغ قيمة نصف صاع من بر او صاع من تمر او شعير اجزاه عن اطعام فقير من الكفارة وكذا اذا اعطى
عشرة مساكين ثوبا كبيرا يمكن كل واحد حصته منه للكسوة وتبلغ حصة كل منهم قيمة ما ذكرنا اجزاه

عن الكفارة بالاطعام ثم ظاهر المذهب انه لا يشترط للاجزاء عن الاطعام ان ينوي به عن الاطعام وعن ابي
يوسف لا يجزيه الا ان ينوي به عن الاطعام وعند زفر لا يجزيه نوى او لم ينو واعترض بقوله صلى الله عليه وسلم
وانما لكل امرء ما نوى فاذا لم ينو عن الاطعام لم يقع عنه لانه تعالى في ذلك خير المكفر بين خصال ثلاث اذا اختار
احدها صار كانه هو الواجب ابتداء وتحمى الاخران والجواب انه ان اراد انه لابد من نية الكفارة
فصحيح وبه نقول وقوله صلى الله عليه وسلم وانما لكل امرء ما نوى دليله فلا يتصرف المؤدى طعاما او كسوة
لما كونه كفارة الا بنية وان اراد انه لابد ان ينوي التكفير بالاطعام والتكفير بالكسوة مثلا فممنوع
فان الواجب التكفير باحد الاشياء التي كل منها متعلق الواجب وهو فعل الدفع الذي هو نفس
الواجب فاذا دفع احدها ناويا الامتثال فقد تم الواجب سواء كان يصح اطعاما او غيره مما هو احد
الثلاثة ولو توقف السقوط على ان ينوي بدفع احدها انه عن الاخر اذا لم يكن لنفسه لزم ان
ينوي كل فصيل في نفسه فيجب ان ينوي في الاطعام انه اطعام وفي دفع الثوب انه كسوة وهو باطل
لما ذكرنا بل المحتاج اليه نية الامتثال بالفعل اذا كان مما يصح للاسقاط بوجه وقد نوى الاسقاط
فانصرف اليما به الاسقاط فظهر ضعف كلام المعترض على ان كونه مختارا للكسوة اذا دفع ما لا يستتم
كسوة ممنوع وقد طولب بالفرق بين هذا وبين ما اذا اعطى نصف صاع تمر في صدقة الفطر فقيمته
نصف صاع بر لا يجزي عنه بطريق العينية واجيب بان جنس الكفارة في التمر والبر مختلف منصوص
عليه وهو سد حاجة البطن من التغدي فلا بد دفع احدهما عن الاخر كما لم يجز عن التعبير بخلاف الكسوة مع الاطعام
فانهما جنسان من الكفارة لدفع حاجتين متباينتين دفع حاجة البرد والحر ودفع حاجة التغدي فجاز
جعل احدهما عن الاخر وانما نظير المروي من صدقة الفطر لو دفع ثوبا صغيرا نفيسا يبلغ قيمته ثوب
كرباسي يجزي من الكسوة ينبغي ان لا يجزيه عن الكسوة بل عن الاطعام قوله وان قدم الكفارة على الحنث
لم يجز وقال الشافعي يجزيه بالمال دون الصوم لانه ادي بعد السبب وهو اليمين وانما كان السبب
للكفارة هو اليمين لانه اضيف اليه الكفارة في النص بقوله تعالى في ذلك كفارة ايمانكم واللغة والعرف
يقولون كفارة الحنث والاضافة دليل سببية المضاف اليه للمضاف الواقع حكما شرعيا او متعلقه
كما فيما نحن فيه فان الكفارة متعلق الحكم الذي هو الوجوب واذا ثبت سببيته جاز تقديم الكفارة
على الحنث لانه حينئذ شرط والتقديم على الشرط بعد وجوب السبب ثابت شرعا كما جاز في الزكاة
تقديمها على الحول بعد السبب الذي هو ملك النصاب وكما في تقديم التكفير بعد الجرح على الموت
بالسراية ومقتضى هذا الاعتراف المال والصوم وهو قوله التقديم وفي الجديد لا يتقدم الصوم
لان العبادات البدنية لا تتقدم على الوقت يعني ان تقديم الواجب بعد السبب قبل الوجوب لم يعرف
شرعا في المالية كالزكاة فيقتصر عليه وذهب جماعة من السلف الى التكفير قبل الحنث مطلقا
صوما كان او مالا وهو ظاهر الاحاديث الذي يستدل بها على التقديم كما سنذكر ولنا ان الكفارة لستر
الجناية من الكفر وهو الستر قال القائل في ليلة كفر النحوم غمامها وبه سمي الزارع كافرا لانه يستر
البذر في الارض والجناية قبل الحنث لانها منوطة به لانها باليمين لانه ذكر الله على وجه التعظيم ولذا اقدم
النبي والصحابة على الايمان وكون الحنث جناية مطلقا ليس واقعا اذ قد يكون تفرضا وانما اخرج الصف
الظاهر المخرج الظاهر المبادر من خلاف المحلوف عليه والحاصل انها سبب الحنث سواء كان معصية
اولا والمراد بقوله ما يجب باسم الله عليه وهذا يفيد ان السبب الحنث واليمين ليست بسبب
لان اقل ما في السبب ان يكون مفضيا الى المسبب واليمين ليس كذلك لانه مانع عن عدم المحلوف عليه
فكيف يكون مفضيا اليه نعم قد تتفق تحققه اتفاقا فان من اليمين للعلم بان نفس اكل الفاكهة لا يتسبب
فيه نفس الحلف على تركه بخلاف الجرح فانه مفض الى التلف فلزم ان الاضافة المذكورة اضافة الشرط
فان الاضافة الى الشرط جائزة وثابتة في الشرع كما في كفارة الاحرام وصدقة الفطر على انه لو سلم

ان اليمين سبب فلا شك في ان الحنث شرط الوجوب للتكفير لا يجب قبله والا وجب بمجرد ن
اليمين والمشروط لا يوجد قبل شرطه فلا يتبع التكفير واجبا قبله فلا يستلزم الوجوب قبل ثبوته ولا
عند ثبوته بفعل قبله لم يكن واجبا فهذا مقتضى الدليل وقع الشرع على خلافه في الزكاة والجرح وصدقه
الفطر على ما قدمناه وفي باب صدقه الفطر فيقتضي على موردة ولا يلحق غيره به فان قيل قد ورد السمع به في
قوله صلى الله عليه وسلم فليكفر عن يمينه ثم ليات بالذي هو خير قلنا المعروف في الصحيحين من حديث عبد الرحمن
بن سمرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم واذا حلفت على يمين فرايت غيرها خيرا منها فكفر عن يمينك وات
الذي هو خير وفي مسلم من حديث ابي هريرة عنه صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين فراى غيرها خيرا منها فليكفر
عن يمينه وليفعل الذي هو خير وحديث البخاري وليس في شئ من الروايات المعتبرة لفظ ثم ائت هو مقابل
بروايات كثيرة بالواو ومن ذلك حديث عبد الرحمن بن سمرة في ابي داود قال فيه فكفر عن يمينك ثم
ات الذي هو خير وهذه الرواية مقابلة بروايات عديدة كحديث عبد الرحمن هذا في البخاري وغيره
بالواو فينزل منزلة الثلثة فمنها يجب حملا على معنى الواو حملا للقليل الاقرب الى الغلط على الكثير ومن ذلك
حديث عائشة في المستدرك كان صلى الله عليه وسلم اذا حلفت لا احنث حتى انزل الله كفارة اليمين فقال اذا حلفت
لك ان قال الا كفرت عن يميني ثم ائتيا الذي هو خير وهذا في البخاري عن عائشة ان ابا بكر كان يقول اخر
ما في المستدرك والذي هو اولى بالاعتبار وقد ثبت لها الروايتان روايات الصحيحين والسنن والمسانيد
فصدق على تعريف المنكر في عدم الحديث وهو ما خالف الحافظ فيها الاكثر يعني من سواه ممن هو اولى منه
بالحفظ والاتقان فلا يجعل بهذه الروايات ويكون التعقيب المفاد بالفاء الحملة المذكورة كما في ادخل
السوق فاشتر لحما فانه فان المقصود تعقيب دخول السوق لشراء كل من الامرين وهكذا قلنا في قوله تعالى
فاغسلوا وجوهكم وايديكم الاية وهذا ان الواو لما لم تقتض التعقيب كان قوله فليكفر لا يلزم تعقيبه للحنث
لجواز كونه قبله كما بعده فلزم عن هذا كون الحاصل فليفعل الامرين فيكون المعقب الامرين ثم ورد في
روايات مجموعة منها في الصحيح مسلم من حديث عدي بن حاتم عنه صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين فراى غيرها
خيرا منها فليات الذي هو خير وليكفر عن يمينه ومنها ما رواه الامام احمد عن عبد الله بن عمر قال قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين فراى غيرا منها خيرا منها فليات الذي هو خير ثم وليكفر عن يمينه وقال النسائي
انا احمد بن منصور عن سفيان حدثنا ابو زرعة عن عمه ابي الاحوص عن ابيه قال قلت يا رسول الله ارايت
ابن عم لي اتيه اطلبه فلا يعطيني ولا يصلني ثم يحتاج الي فيأتيني ويسالني وقد حلفت ان لا اعطيه
ولا اصله فامرني ان اتي الذي هو خير وكفر عن يميني ورواه بن ماجة بنحوه ثم لو فرض صحة روايته
ثم كان من تعبير الرواة اذ قد ثبتت الروايات في الصحيحين وغيرهما من كتب الحديث بالواو ولو سلم
فالواجب كما قدمنا حمل القليل على الكثير الشهير لا عكسه فيحمل ثم على الواو الثابتات لكتب الحديث
شهرة دون ثم وما لفظ الحديث على ما ذكره المصنف فلم يعرف اصلا اعني قوله من حلف على يمين فراى
غيرها خيرا منها فليات بالذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه الا ان المطلوب لم يتوقف عليه كذلك هذا
ولفظ اليمين في قوله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين مجاز من اطلاق اسم الكل على الجزء وهو المقسم عليه لان
اليمين اسم المجموع القسم والمقسم عليه وهو المراد **قوله** ثم بما يستردمن الفقير يعني اذا دفع الى الفقير
الكفارة قبل الحنث وقلنا لا تجزيه فليس له ان يسترد منه لانه تملك لله تصدق به التوبة مع تي
اخر وقد حصل التقرب وترتب الثواب فليس له ان ينقضه ويبطله **قوله** ومن حلف على معصية
مثل لا يصلي او ليقتلن فلانا ينبغي ان يحنث اي يجب عليه ان يحنث نفسه ويكفر عن يمينه
لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليات الذي هو خير وليكفر عن يمينه وقد ذكرناه
انفا وكان فيما قلناه من تحنيث نفسه تفويت البر المأمور به جابر وهو الكفارة وتفويت جابر الشئ كثبوت
نفسه فكان المحقق البر والجابر للمعصية في حقه اي في ضد ما قلناه وهو تحنيث نفسه وضد تحنيث

نفسه هو ان يبر في يمينه بفعل المعصية فانه حينئذ يتقرر المعصية دون جابر يجبرها واعلم ان الحلوف
عليه انواع ففعل معصية او ترك فرض فالحنث واجب او شئ غيره اولى منه كالحلف على ترك وطئ زوجته
شهرا او نحوه فان الحنث افضل بل ان الوفق ايمن وكذا الحالف ليضربن عبده وهو يستاهل ذلك او
ليسكونن مديونه ان لم يوافه عند الان العفو افضل وكذا ليسيرن المطالبه او على شئ اوضره مثله
كالحلف لا ياكل هذا الخبز او لا يلبس هذا الثوب فالبر في هذا وحفظ اليمين اولى ولو قال قائل
انه واجب لقوله تعالى واحفظوا ايمانكم على ما هو المختار في تاويلا انه البر فيها امكن **قوله** واما حلف
الكافر ثم حنث في حال الكفر او بعد اسلامه فلا حنث عليه اي لا كفارة عليه فالمراد حكم الحنث المعهود وكذا
اذا حلف مسلما ثم ارتد ثم اسلم لم يحنث لا يلزمه شئ وعلى هذا الخلاف اذا نذر الكافر ما هو قربة من صدقة
او صوم لا يلزمه شئ عندنا بعد الاسلام واتباعه ويقول في مسلم الكتاب قال مالك وعندنا في
واحد تلزمه الكفارة بالمال لانه اهل لا يجابه دون الصوم لانه عبادة وليس اهلا لها وصار كالصبي اذا فقد
عليه الكفارة بالمال يتعين عليه احد الخصال فكذا هذا لما تعذرت منه الصوم تعين ما سواه وايضا هو اهل
للبر فانه ينعقد حرمة اسم الله جل وعلا ويمتنع عن اخلاف ما عقده به عليه ولهذا يستحلف في الدعاوي
ويدخل في المال العتق فانه يقبل النقل من العبادة كالعتق للشيطان ونحوه فيكون في حقه مجردا استاثر
المالية ثبت في ذلك سمع وهو ما في الصحيحين عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال يا رسول الله اني نذرت
في الجاهلية ان اعتكف ليلة في المسجد الحرام وفي رواية يوما فقال اوف بنذرك وفي حديث العامة
من الصحيحين قوله صلى الله عليه وسلم تبر يمينك يهود خمسين منا ولنا قوله تعالى انهم لا ايمان لهم واما قوله بعد
نكثوا ايمانهم فيعني صور الايمان التي اظهروها والحاصل لزوم نذر وبيل اما في لا ايمان لهم كما قال ان في
انا شرعت عبادة بجبرها ما ثبت من اثم الحنث ان كان او ما وقع من اخلاف ما وقع عليه اسم الله تعالى
اقامة لواجبه وليس الكافر اهلا لفعل عبادة وقولهم ايجاب المال والعتق عليكم يجزيه عن معنى
العبادة ليس بشئ لان ذلك في ايجاب المال والعتق من حيث هو ايجابهما والكلام في ايجابهما كفارة
وايجابهما كفارة لا يقبل الفضل عما ذكرنا اذ لو فضل لم يكن كفارة لان ما يقع بعضه لا يثبت شرعا
الا بذلك الفعه والامر في اخر ما تحليف القاضي وقوله صلى الله عليه وسلم تبر يمينك يهود خمسين يمينا
فالمراد كما قلنا صور الايمان فان المقصود منها رجاء النكول والكافر وان لم يثبت في حقه شرعا اليمين
الشرعي المستحق لحكمه وهو يعتقد في نفسه تعظيم اسم الله تعالى وصورة اليمين به كاذبا فيمتنع
منه فيحصل المقصود من ظهور الحق فشرع الزامه بصورتها لهذه الفائدة وفي الهداية من انه مع
الكفر لا يكون معظما ليس بصحيح الا ان يريد تعظيما يقبل منه ويجازى عليه واما قوله صلى الله عليه وسلم اوف
بنذرك فالمشهور من مذهب الشافعي ان نذر الكافر لا يصح فالاستدلال به كالحجاج وهم يقولون انه
امره ان يفعل قربة مستانفة في حال الاسلام لانه الواجب بالنذر دعا له الى هذا العلم من الشرع ان
الكافر ليس اهلا للقربة من الثواب فليس اهلا للالتزام الا يرى انه لو فعلها لم تصح منه وتصحيح الالتزام
ابتداء ايراد لفعل نفس الملتزم لاضعاف العذاب وقول الطحاوي انه ليس مشروعا الى الله تعالى
بل الى ربه الذي يعبده من دون الله انما يستقيم في بعض الكفار وهم المشركون على تقدير قصده
بنذره الذي اشركوا به فيه قصور عن محل النزاع **قوله** ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه
كهذا الثوب على حرام او هذا الطعام او هذه الجارية او الدابة لم يصر محرما وعليه ان استباحه كفارة
يمين وليس ملكه شرطا للزوم حكم اليمين فانه جار في نحو كلام زيد على حرام ولو زاد بلفظ شيئا ما هو لم
من الفعل دخل نحو كلام زيد ولم يدخل نحو هذا الطعام على حرام لطعام لا يملكه لانه حرام عليه التصرف فيه

مع انه يصير جمعا لغامي لو اكله حلالا او حراما لزمته كفارة والحاصل ان حرمته لا تمنع تحريمه حلف الابري
في قوله لو حرم الخمر على نفسه فقال الخمر علي حرام ان المختار للفتوى انه ان اراد به التحريم يعني الانشا
يجب الكفارة اذا شربها كما لو حلف لا اشرب الخمر وان اراد الاخبار او لم يرد شيئا لا تجب الكفارة لانه امكن
تصحيحه اخبارا والمنقول فيه خلاف بين ابي يوسف وابي حنيفة عند ادعائها حنث مطلقا وعند الاخر لا يحنث من
غير نظر الى نية وليوقال الخنزير علي حرام فليس بيمين الا ان يقول اردت اكله وقيل هو قياس الخمر وهو الاوجه
واعلم ان الظاهر من تحريم هذه الاعيان انصراف اليمين الى الفعل المقصود منها كما في تحريم الشرع لها فلو حرمت
عليكم امهاتكم وحرمت الخمر والخنزير فانه ينصرف الى النكاح والشرب واللبس ولذا قال في الخلاصة لو قال
هذا الثوب علي حرام فلبسه حنث لكن ان ينوي غير وان قال ان اكل هذا الطعام فهو علي حرام فاكله لا يحنث
وذكر في المنتقى لو قال كل طعام اكله في منزلك فهو علي حرام فاكله لا يحنث اذا اكله هكذا روي عن ابي يوسف وفي الاستحسان يحنث والقياس يريد وبهذا ان اكله حرام انتهى وعلى هذا ينجب في التي
قبلها وهي قوله ان اكلت هذا فهو علي حرام ان يحنث اذا اكله وكذا ما ذكرنا في اصل ان اكل طعاما عندك
اليوم فهو حرام فاكلها لم يحنث ينبغي ان يكون جواب القياس ولو قال لغوم كلامكم علي حرام ليس كلامهم حنث
وفي مجموع النوازل وكذا الكلام فلان وفلان علي حرام يحنث بكلام احدهما وكذا الكلام اهل بغداد وكذا اكل هذا الرغيف
حنث باكل لقمة بخلاف ما لو قال والله لا اكلهم لا يحنث حتى يكلمهم وفي الخلاصة لو قال هذا الرغيف علي حرام
هذا الرغيف علي حرام بمنزلة قوله والله لا اكل هذا الرغيف ولو قال هكذا لا يحنث باكل البعض وان قال لم يرد
انت علي حرام او حرمتك يكون عينا ولو جامعها طابعة او مكرهة تحنث بخلاف ما لو حلف لا يدخل هذه الدار فاكره فدخل
لا يحنث ولو قال لدراهم في يده هذه الدراهم علي حرام ان اشتري بها شيئا وان تصدق بها او وهبها لم يحنث بحكم
العرف قوله وقالت في وجه انه لا كفارة عليه يعني الا في الحواري والنابه قال مالك لان تحريم
الحلال قلب للمشروع ولا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين الا انا تركنا هذا في الحواري والنابه فيقتصر على مورده والاستدلال بعد هذا بقوله تعالى يا ايها النبي لم تحرم ما احل الله لك قوله فقد فرض الله لكم تحلة
ايمانكم فبين سبحانه ان صلى الله عليه وسلم حرم شيئا مما هو حلال وانه فرض له تحلته مغيرا عن ذلك بقوله تحلة
ايمانكم وعلم انه سبحانه جعل تحريم ما احل الله له يمينا فيلزم الكفارة غير متجه لان الكلام الان في تخصيصه بوروده
او تعميمه اجيب بان العبرة لعموم اللفظ وهو قوله ما احل الله لك وقد يدفع بان المراد به خصوص ما وقع به تحريمه
ان حرمت ما كان حلالا لك وكذا قال بتتبع مرضات ازواجك وابتغاء مرضاتهن لا تتعلق بعموم تحريم
المباحات بل ببعض مخصوص بل الجواب انه كما ورد انها انزلت في تحريم ماريته ورد انها انزلت في تحريم شرب
العسل في الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها كان صلى الله عليه وسلم يمكث عند زينب بنت جحش ويشرب
عندها عسلا فتواصيت انا وحفصة ان ايتنا دخل عليها فلتقل له اجد منك مغافير فدخل على احدنا
فقالت له ذلك فقال لا بل شربت عسلا عند زينب ولن اعود له فنزلت يا ايها النبي لم تحرم وهذا
اولى بالاعتبار لان رواية عامة القصة وفيه زيادة الصحة ولهذا لا مانع من كون نزولها في الامرين
جميعا وقوله تعالى تبتغي مرضات ازواجك وان كان ظاهرا في انها في تحريم ماريته الا ان سرحانا كان
في فلك الا ترى ان العسل فلانة انه ايضا في ترك شربه عند الفرقة فان قيل انه روي انه قال والله
لا اذوقه فلذلك سمي تحريما ولم تنزل التحلة اجيب بانه لم يذكر في الاية ولا في الحديث الصحيح فلا يجوز
ان يحكم به ويتقيد به حكم النص واعلم ان الذي في الحديث الصحيح هو قوله ولن اعود اليه ولا شك
ان هذا ليس بيمين موجب للكفارة عند احد فحينئذ ذكر الله تعالى ما يفيد ان الواقع منها كان يمينا
وصار الحكم بانه كان منه صلى الله عليه وسلم مع ذلك القول قولا لم يرد في شيء من الرواية تبت به اليمين
فحاول به قوله والا فاذوقه وجاز كونه لفظ التحريم الا ان لفظ حرم على نفسه ظاهر في ارادة

قال

قال حرمت كذا او نحو فلان الحلف على تركه وحاصل الوجه الذي اقتصر عليه المصنف وهو ان لفظ ينبئ
عن اثبات الحرمة وقد امكن اعماله باثبات حرمة ذلك الشيء للغير وهو اليمين باثبات موجب
اليمين وهو البر اذا لم يفعله والكفارة ان فعله صونا للكلام عن الالغاء فضلا عن الله عليه فهم المعنى المذكور
الناس وغيرهم قوله ثم اذا فعل ما حرمه قليلا او كثيرا حنث ووجبت الكفارة وهو المعنى من الاباحة
للذكور بنية قوله وعليه ان استباحه كفارة يمين وبه عرف ان مراده بقوله لم يصح تحريما على المحرم لنفسه
والا لم يصح قوله استباحه وانما حنث بالقليل والكثير لان التحريم اذا اثبت تناول كل جزء منه فيتناول له
جزء يدل عليه كلام ما تقدم عن ولد الا الكلهم وهذا الرغيف علي حرام يتقيد فاحتى خان عن المتابع
ولو قال كل حلال علي حرام فهو على الطعام والشراب الا ان ينوي غير ذلك فاذا اكل او شرب حنث ولا
يحنث بجماع زوجته والقياس ان يحنث كما في نذر ان لا يشرب فلانا ماء وهو النفس ونحوه كفتح العينين
وتحريك الجفنين وتحريك الجفنين وهو قول زفر بناء على انعقاده على العموم كما هو ظاهر اللفظ وجه
الاستحسان ان المقصود وهو البر يحصل مع اعتبار العموم والظاهر انه لم يعقد للحنث ابتداء لان يكون
الغرض من عقد اليمين الحنث فكان ذلك قرينة صارفة عن صرافة العموم واذا اسقط اعتباره ينصرف
الى الطعام والشراب للعرف فانه اي هذا اللفظ يستعمل فيما يتناول عادة وهو الطعام والشراب
فظهر انا قبل انه تعذر الحمل على العموم فتحمل على اخص الخصوص لا يصح اذ ليس مجموع الطعام والشراب
اخص الخصوص بل حمل على ما تعورف فيه اللفظ وهو تناول المرأة الا بالنية لاسقاط اعتبار العموم
في غير الطعام والشراب مع صلاحية اللفظ فاذا انواها انتفت النية بقي اللفظ صالحا فصح فيه دخول الاداة
كحلاف نحو اسقني اذا اريد به الطلاق لا يقع لعدم الصلاحية فلو وقع فان بحرف او النية واذا نواها كان ايلاء
ان الحلف على قربانها ايلاء ولا ينصرف عن الطعام والشراب فيما فعل حنث واذا كان ايلاء فهو الى الموبد
فان ترك اربعة اشهر بانت الى اخر احكام الايلاء الموبد وهذا كله جواب ظاهر الرواية ومشايخنا ابي شجاع
بلخ كابي بكر الاسكاف وابي بكر بن ابي سعيد والفقيه ابي جعفر قالوا يقع به الطلاق منجزا لغلبة
الاستعمال في الطلاق فينصرف اليه من غير نية وبه اخذ الفقيه ابو الليث قال المصنف وعليه
الفتوى وقال البرذوي في مبسوطه هكذا قال بعض مشايخ سمرقند ولم يتبع في عرف الناس في
هذا الزمان من لا امرأة له يحلف بها كما يحلف ذو الخليلة ولو كان العرف مستنيضا في ذلك لما استعمله
الا ذو الخليلة فالصحيح ان تعتبر الجواب في هذا ويقول ان نوى الطلاق يكون طلاقا فاما من غير
دلالة فالاحتياط ان يكف الانسان فيه وما خالف المتقدمين واعلم ان مثل هذا اللفظ لم يتعارف
في ديارنا بل المتعارف فيه حرام على كلامه وحرم كما كل كذا او لبسه ودون الصيغة العامة يتعارفوا
ايضا الحرام يلزمني والشك في انهم يريدون الطلاق سواء فانهم يذكرون بعده لا افعل كذا
او افعل وهو مثل تعارضهم للطلاق يلزمني لا افعل كذا فانه يراد به ان فعلت كذا فعلي طلاق
ويجب ايضا وعليهم وفي التتمة لو قال حلال الله علي حرام او قال حلال خدائي ولم امرأة ينصرف
اليها من غير نية وعليه الفتوى وان لم يكن له امرأة تجب عليه الكفارة قال المصنف وكذا ينبغي في
حلال يرفو حرام للعرف بمعنى يقع به الطلاق على ما اختاره الفتوى واختلفوا في قوله هرصه
بردست ليرم بروي حرام انه هل يشترط النية والاظهر انه جعل طلاقا من غير نية للعرف
قال في الخلاصة لا يصدق انه لم ينو ولو قال هرصه بدست راست كبرمته ام فهو بمنزلة قوله
كبرم ولو قال هرصه بدست چپ كبرم في مجموع النوازل لا يكون طلاقا وان نوى ولو قال
هرصه بدست راست كبرمته لا يكون طلاقا وان نوى لان العرف والعرف في قوله كرمتم
ولو قال هرصه بدست كبرم ولم يقل راست او چپ فهو كقوله هرصه بدست راست كبرم
والحاصل ان المعتبر في انصراف هذه الالفاظ عربية او فارسية لها معنى بلا نية التعارف فيه

فان لم يتعارف سيل عن نيته وفيما ينصرف بلا نيته ولو قال اردت غير ما يصدقه القاضي وفيما بينه وبين الله هو مصدق **قوله** ومن نذر نذرا مطلقا اي غير معلق بشرط كان يقول لله علي صوم شهر او حجة او صدقة او صلاة ركعتين ونحوه مما هو طاعة مقصودة لتنفسه ومن جنسه واجب فعليه الوفاء بها وهذه شروط لزوم النذر فخرج النذر بالوضوء لكل صلاة فانه لا يلزم لانه غير مقصود لنفسه وكذا النذر بعيادة المريض لانه ليس من جنسه واجب واما كون المنذور معصية يمنع انعقاد النذر فيجب ان يكون معناه اذا كان حراما لعينه او ليس فيه جهة القربة فان المذهب ان نذر صوم يوم العيد ينعقد ويجب الوفاء بهو يوم يلزمه ولو صامه خرج عن العهدة وللشافعية بحث ذكرناه في مختصر الاصول ومذهب احمد رحمه الله فيه كفارة يمين عينا لحديث ورد فيه وهو قوله صلى الله عليه وسلم النذر في معصية وكفارته كفارة يمين رواه الترمذي بسند قال فيه صاحب التنقيح كلهم ثقات ومع ذلك فالحديث غير صحيح وبين علته وكذا قاله الترمذي وقوله فعليه الوفاء به اي من حيث هو قربة لا من كل وصف التزمه به او عين وهو خلافيه زفر فلو نذر ان يتصدق بهذا الدرهم فتصدق بغيره عن نذره او نذر التصدق في هذا اليوم فتصدق في غد او نذر ان يتصدق على هذا الفقير فتصدق على غيره عن نذره اجزاه في كل ذلك خلافا لزفر له انه اذا بقي ما نذر ولنا ان لزوم ما التزمه باعتبار ما هو قربة لا باعتبارات اخر اذ لا دخل لها في صيرورته قربة وفداء بالقربة الملتزمة وكذا اذا نذر ركعتين في المسجد الحرام فادلها في افضل شرفا منه او ضما شرف له اجزاه خلافا لزفر وافضل الاماكن المسجد الحرام ثم مسجد النبي صلى الله عليه وسلم ثم مسجد بيت المقدس ثم الجامع ثم مسجد الحي ثم البيت له انه نذر بزيادة قربة فيلزمه قلنا عرف من الشرع ان التزامه ما هو قربة موجب ولم يثبت من الشرع اعتبار تخصيص العبد العبادة بمكان بل انما عرف ذلك لله تعالى فلا يتعدى لزوم اصل القربة بالتزامه اليه لزوم التخصيص بمكان فكان ملغيا ويبقى الزاما ما هو قربة فان قلت من شروط النذر كونه بغير معصية فكيف قال ابو يوسف اذا نذر ركعتين بلا وضوء يصح نذره فلا فالجواب ان محمدا اوهمه لذلك واما ابو يوسف فانما صححه بوضوء لانه حين نذر ركعتين لزمتاه بوضوء لان التزام الشروط لشروط فقوله بعد ذلك بغير وضوء لغو ابو يوسف ونظيره اذا نذر عما بالقراءة الزمتاه وركعتين بقراءة او نذر ان يصلي ركعة واحدة الزمتاه وركعتين او ثلاثا الزمتاه باربع وقال زفر لا يصح النذر في الاولين لان الصلاة بلا قراءة والركعة الواحدة غير قربة وفي الثالثة وهي ما اذا نذر بثلاث يلزمه ركعتان لانه التزم ركعة بعد الشفع صار كما اذا التزمها مفردة على قوله ولنا معنى ما قدمنا وهو ان الالتزام بما لا صحة له لا به ولا صحة للصلاة بلا قراءة ولا للركعة الواحدة الا في الثانية فكان ملتزما القراءة والثانية واحتاج محمد الى الفرق بين التزام الصلاة بلا وضوء حيث ابطله والتزام الصلاة بلا قراءة حيث اجاز والفرق ان الصلاة بلا طهارة ليست عبادة اصلا وبلا قراءة تكون عبادة كصلاة الاخرس وهو من المسائل وان كانت تقدمت متفرقة لانه ان هذا المكان محلها بالاصالة فلم ار اختلافا في صحته لدين رب العالمين **قوله** لقوله صلى الله عليه وسلم من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى وهذا دليل لزوم الوفاء بالمنذور وهو حديث عزيز الا انه مستغنى عنه ففي لزوم المنذور الكتاب والسنة والاجماع قال تعالى وليوفوا نذورهم وصرح المصنف في كتاب الصوم بان المنذور واجب الاية وتقدم الاعتراض بانها توجب الاعتراض للعظيمة والجواب بانها مسئولة اذا خص منها النذر بالمعصية وما ليس من جنس واجب فلم تكن قطعية الدلالة والسنة كثير منها حديث في البخاري من نذر ان يطيع الله فليطعه ومن نذر ان يعصي الله فلا يعصه رواه عائشة رضي الله عنها والاجماع على وجوب الايفاء به استدل من قال من المتاخرين بالاعتراض للايفاء بالنذر **فروع** اذا نذر شهرا فاما متتابعة كرجب وجب التتابع لكن لو افطر يوما لا يلزمه الاستقبال كرمضان لو افطر فيه يوما لا يلزمه الا قضاؤه كذا هذا وان لم يعينه كشهر ان شاء تابعه وان شاء فرقه وان شرط التتابع لزمه فيستقبل ولو التزم بالنذر اكثر مما يملكه

لزمه ما يملكه هو المختار وقال الطحاوي اذا اضاف النذر الى سائر المعاصي كقوله علي ان اقتل فلانا كان عينا ولزمته الكفارة بالحنث لقوله ان ان اطعم المساكين على عشر عندنا وفي حنيفة له على طعام مسكين نصف صاع حنطة استحسانا له على ان اعتق هذه الرقبة وهو يملكها فعليه ان يعتقها فان لم يعتقها الم يجبره القاضي قال ان برئت من مرضي فعلي شاة اذبحها او ذبحت شاة لزمه شئ ولو قال اذبحها واتصدق بلحمها لزمه قال له على ان اذبح جزورا فاتصدق بلحمه فذبح سمانه سبع شياه جاز **قوله** وان علق النذر بشرط فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر لاطلاق الحديث الذي رويناه من البخاري وغيره فانه امر بذلك من غير تقييد بمنجز او معلق ولان المعلق بالشرط كالمنجز عنده فصار كانه قال عند الشرط لله علي كذا ومن لا حنيفة رحمه الله انه رجع عنه اي عن لزوم عين المنذور اذا كان معلقا بالشرط الى انه مخير بين فعله بعينه وكفارة يمين وهو قول محمد فاذا قال ان فعلت كذا فعلي حجة او صوم سنة ان شاء حج او صامها سنة وان شاء كفر فان كان فقيرا صام مخيرا بين صوم سنة وصوم ثلاثة ايام والاول دهو لزوم الوفاء به عينا هو المذكور في ظاهر الرواية والتخيير عن ابي حنيفة في النوادر وروي عن عبد العزيز ابي خالد الترمذي خرجت حاجا فلما دخلت الكوفة قرأت كتاب النذور والكفارات على ابي حنيفة فلما انتهيت الى هذه المسئلة قال قف فان من رأيي ان ارجع فلما رجعت من الحج اذا ابو حنيفة قد توفي فاخبرني الوليد بن ابان انه رجع قبل موته بسبعة ايام وقال بتخيير وبهذا كان يفتي اسماعيل الزاهد وقال الوالوالجي مشايخ بلخ وبخارى يفتون بهذا وهو اختيار شمس الائمة قال الكثرة البلوى في هذا الزمان وجه الظاهر المنصوص من الاية الكريمة والاحاديث ووجه رواية النوادر ما في صحيح مسلم من حديث عقبة بن عامر عنه صلى الله عليه وسلم قال كفارة النذر كفارة اليمين فهذا يقتضي ان يسقط بالكفارة مطلقا فيتعارض فيحمل مقتضى الايفاء بعينه على النجز ومقتضى سقوطه بالكفارة على المعلق وكفارة اليمين في المعلق متنفي في الحال فالنذر فيه معدوم فيصير كاليمين في ان سبب الايجاب وهو الحنث متنف حال التكلم فيلحق به بخلاف النذر المنجز لانه نذر ثابت في وقته فيعمل فيه حديث الايفاء واختار المصنف والمحققون ان المراد بالشرط الذي يحذره الكفارة الشرط الذي لا يريد كونه مثل دخول الدار وكلام فلان فانه اذا لم يرد كونه يعلم انه لم يرد كون المنذور حيث جعله ما التزمه من فعل ذلك الشرط من تعليق النذر على ما لا يريد كونه بالضرورة يكون ممتنعا عنه فان الانسان لا يريد ايجاب العبادات دائما وان كانت مجلبة للثواب مخافة ان يثقل فيتعرض للعقاب وهذا صح عنه صلى الله عليه وسلم انه نهى عن النذر وقال انه لا يأتي بخير وحديث واما الشرط الذي يريد كونه مثل قوله ان سقى الله مريضي او قدم غائبي او مات عدوي فلله علي صوم شهر فوجد الشرط لا يجزيه الا فعل عين المنذور لانه اذا اراد كونه كان مريدا كون النذر ومكان النذر في معنى المنجز فيندرج في حكمه وهو وجوب الايفاء به فصار محل ما تقتضي الايفاء المنجز والمعلق المراد كونه ومحل ما تقتضي اجزاء الكفارة المعلق الذي لا يراد كونه وهو الحسي عند طائفة من الفقهاء نذر اللجاج ومذهب احمد فيه كهذا التفصيل الذي اختاره المصنف واستدل ابن الجوزي في التحقيق للاكتفاء في خصوص هذا النذر بحديث مسلم مع انه مطلق وليس هذا الا مقيدا وهذا التقرير ايرادا بما قبل لان الشرط اذا لم يرد كونه كان في معنى اليمين فانها تعقد للمنع فاجزاء فيه الكفارة بخلاف الذي يريد كونه فانه ورد على هذا التقدير ان اليمين كما تكون للمنع تكون للحمل فلم تختص معنى ما لم يرد كونه فالفرق على هذا تحكم **قوله** ومن حلف على يمين اي على محلوف عليه فقال ان شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه ولذا اذا نذر وقال ان شاء الله متصلا لا يلزمه شئ قال محمد بلغنا ذلك عن ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم وبذلك قال موسى عليه الصلاة والسلام سنجدني ان شاء الله صابرا ولم يصبر ولم يعد مخلفا وعد وتقدم في الطلاق وهو قول اكثر اهل العلم وقال مالك يلزمه كفارة اليمين

والمدر لان الاشياء كلها بمشيئة الله تعالى فلا يتغير بذكره حكم ولجمهور قول علي ابن علي ابن من حلف على يمين وقال ان شاء الله فلا حنث عليه رواه ابو داود والترمذي والنسائي وبن ماجة وقال الترمذي حديث حسن وانما تعليق المحلوف عليه بمشيئة الله تعالى اعني اذا قال والله لا اخرج اليوم ان شاء الله فقد علق خروجه بمشيئة الله تعالى فاذا خرج لم يحنث لان المعنى ان شاء الله عدم الخروج لا اخرج فاذا خرج تبين انه تعالى لم يشأ عدم الخروج وهذا ينتهض على ما قال رضه الدين في اليمين فاصله الطلاق فاللام معه بحسب المعنى غير فانه اذا قال انت طالق ان شاء الله فالظاهر ان المتعلق بالمشيئة هو انت طالق والمعنى لانه قد شاء الله قوله وقوله انت طالق هو الموجب للتطليق بشرطه فلا يجلى احدامه فلو جعل مصروفا الى الوقوع على تقدير ان طالق ان شاء الله وقوع طلاق تحلان اللفظ لم يجدى لانه حيث شاء الله وقوع طلاقها اذ قد شاء بلفظه بانت طالق غير معلق بشرط لما ذكرنا ان المعلق بالمشيئة ان كان لفظ انت طالق فقد شاء حيث وجد فيوجد حكمه ونفس الوقوع فقد شاء حيث شاء لفظه وهو نفس الطلاق وهو ما عدناه في الطلاق ثم شرط على الاستثناء الابطال الاتصال فلو انقطع بتنفس او سعال ونحوه لا يضر

باب اليمين في الدخول والسكنى

اراد بيان ان الافعال التي يحلف عليها فعلا فعلا فبدى بفعل السكنى لان الافعال التي تحتاج اليها الانسان ان يحل بمكان ثم يفعل ما يحتاج اليه من اللبس والاكل وغيره وكل من الاكل والشرب وان كان من الضروريات لكن حاجة الحلول في مكان لازم للجسم من اكله ولبسه

قوله ومن حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة او المسجد او الكنيسة وهي متعبد اليهود او البيعة وهي متعبد النصارى لم يحنث لان الاصل ان الايمان مبنية على الحروف عندنا على الحقيقة اللغوية كما نقل عن ابي حنيفة رحمه الله وعلى الاستعمال العرفي كما عن مالك رضه الله وعلى النية مطلقا كما عن احمد رحمه الله لان المتكلم انما يتكلم باللسان العربي اعني الالفاظ التي يراد بها معانيها التي وضعت لها في العرف كالعربي حالة كونه بين اهل اللغة انما يتكلم بالحقايق اللغوية فوجب صرف الالفاظ المتكلم بها الى ما عهد انه المراد بها منهم من المشايخ من جرى على ان هذا الاطلاق في هذا الفرع الذي ذكره صاحب الذخيرة والمرغيناني وهو ما اذا حلف لا يهدم بيتا فهدم بيت العنكبوت انه يحنث بانه خطا وتم من قيد حمل الكلام على العرف بما اذا لم يكن العمل بحقيقته ولا يخفى ان هذا يصير المعتبر الحقيقة اللغوية الا في الالفاظ ليس له وضع لغوي بل احدثه اهل العرف وان ما له وضع لغوي ووضع عرفي يعتبر معناه اللغوي وان تكلم به متكلم من اهل العرف وهذا يهدم قاعدة حمل الايمان على العرف فانه لم يصر المعتبر الا اللغة الا ما تعذر وهذا بعيد اذ لا شك ان المتكلم لا يتكلم الا بالعرف الذي به التخاطب سواء كان عرف اللغة ان كان من اهل اللغة وغيرها ان كان من غيرها ثم ما وضع استعماله مشتركا بين اهل اللغة واهل العرف تعتبر اللغة على انها العرف فاما الفرع المذكور فالوجه فيه انه ان كان نواه في عموم بيتا حنث وان لم يخطر له وجب ان يحنث لانصراف الكلام الى المتعارف عند اطلاق لفظ بيت وظهر ان مرادنا بانصراف الكلام الى المتعارف عند الاطلاق انه اذا لم يكن له نيته كان موجب الكلام ما يكون معنى عرفيا له نية شئ واللفظ يحتمله انعقد اليمين باعتبار اذا عرفنا هذا فالكعبة وان اطلق عليها بيت في قوله تعالى ان اول بيت وضع للناس للذي بمكة وكذا المسجد في قوله تعالى في بيوت اذن الله ان ترفع وكذا بيت العنكبوت وبيت الحمام ولكن اذا اطلق البيت في العرف فانما يراد به ما يبات فيه عادة فيدخل الدهليز اذا كان كبيرا حتى يبات فيه لان متاعه وتاد بيتوتته للضيوف في بعض الاوقات وفي المدرسة يبيت فيه كان سواه بعض الاتباع في بعض الاوقات فيحنث والحاصل ان كل موضع اذا غلق الباب صار داخلا لا يمكنه الخروج من الدار وله سعة يصلح للبيت من سقف يحنث بدخوله وعلى هذا يحنث بالصفة سواء كان لها اربع حوائط كما هي صفات الكوفة او ثلاثة على ما صححه المصنف بعد ان يكون سقفا كما هي صفات ديارنا لانه يبات فيه غاية الامر منحنه واسع

وكذا

بان البناء وان كان وصفا يعني معتبرا فيه غير ان الوصف في الحاضر لغو كان ذاته تعرف بالاشارة
فوق ما يعرف بالوصف وفي الغايب معتبر لانه المعرف له **قوله** ولو حلف لا يدخل هذه الدار
فخربت ثم بنيت دارا اخرى فدخلها حنث لما ذكرنا ان الاسم باق بعد الانهدام ولو بنيت مسجدا
او حماما او بستانا او بنى بيتا فدخله لم يحنث لانها لم تبق دارا وكذا اذا غلب على الماء او حولت نهرا
فدخله لا عتراض اسم اخر عليه وكذا اذا دخله بعد ما انهدم المبنى ثانيا من الحمام وما معه لانه لا يعود
اسم الدارية بتلك الشدة وكذا اذا بنى دارا بعد انهدام بانى ثانيا من الحمام ونحوه لانها غير تلك
الدار التي منع نفسه من الدخول فيها ويرد على هذا التفصيل ان البناء ان كان جزء مفهوم الدار عرفا فعدم
الحنث اذا زال في المنكر حتى لم تثبت الحنث بعد الهدم والا بعد ما صارت صحراء كل لان كون الاشارة
تعين الذات انما تقتضي تعين هذا البناء الساقط محلوفا عليه وقد انتفى ويقتضي ايضا انه لو دخلها
بعد ما انهدمت وبنيت دارا اخرى لا يحنث لان هذا البناء الثاني ليس عين ذلك والحكم عندهم خلافه فان قيل
الحلف اذا وقع على معين وقع على كل جزء فيحنث بوجود الجزء الواحد قلنا ممنوع بل على المجموع كما لو حلف
لا يكلم زيدا وعمرا او اهل الكوفة لا يحنث بكلام احدهم وان لم يكن جزا بل المعتبر كون العرصة بيتا
اشكل عليه عدم الحنث في المنكر فيما اذا دخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء لوجود تمام المسمى
قوله وان حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعدما انهدم وصار صحراء لم يحنث لان اسم البيت قد زال
بالانهدام لزوال مسماه وهو البناء الذي بيت فيه لخلاف الدار لانها تسمى دارا لو انبنا فيها فلو بقيت
الحيطان وزال السقف حنث لانه بيات فيه والسقف وصف فيه وهذا يفيدك ان فك السقف
في الدهليز من قوله وهو مسقف لا حاجة اليه لانه تعين ان البيتوتة والبيت لا يلزم في مفهومه
السقف فقد يكون مسقفا وهو البيت الشتوي وغير مسقف وهو الصيفي وكذا اذا بنى بيتا اخر
فدخله لا يحنث لان الاسم لم يسبق بعد الانهدام وهذا المبنى غير البيت الذي منع نفسه دخوله ولو حلف
لا يدخل بيتا فدخل بيت شعر او قسطلا ان كان من اهل البادية حنث والا لا يحنث **قوله** ومن حلف
لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها من غير دخول من الباب بان طفر من سطح اليها حنث
لان السطح من الدار الا ترى ان المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج الى سطح المسجد فلو عد السطح خارجا فسد
وقد يقال المبنى مختلف فان الايمان مبنية على العرف فجاز كون بعض ما هو في حكم المسجد خارجا في العرف
الا ترى ان فناء المسجد له حكم المسجد في بعض الاشياء حتى جاز اقتدي من فيه بمن في المسجد ولا شك انه خارج
فالاقرب ما قيل الدار عبارة عما احاطت به الدايرة وهذا لحاصل في علو الدار وسفلها وهذا يتم اذا كان السطح
حصيرا فلو لم يكن له حصير فليس هو الا في هو الدار فلا يحنث من حيث اللغة الا ان عرف يكون انه
يقال انه داخل الدار والحق ان السطح لا شك انه من الدار لانه من اجزايها حسا لكن لا يلزم من
القيام عليه لان يقال في العرف داخل الدار بل يتعلق لفظ دخل الا بحوف حتى صح ان يقال لم يدخل
الدار ولكن صعد السطح من خارج بحبل وهذا في عرف من ليس من اهل اللسان فطابق عرف العجم
ولو صح سر قول المتقدمين والمتاخرين بان يحمل جواب المتقدمين بالحنث على ما اذا كان للسطح
حصير وجواب المتاخرين المعبر عنهم بقوله وقيل في عرفنا يعني عرف العجم لا يحنث الا بالوقوف
على السطح على ما اذا لم يكن له حصير اتجه وهذا اعتقادي **قوله** وقيل في عرفنا لا يحنث
اي بالوقوف على السطح وكذا لا يحنث بالصعود على شجرة داخلها لانه لا يسمى داخل الدار ما لم يدخل
جوفها وكذا اذا قام على حايط منها **قوله** وكذا اذا دخل دهليزها يعني يحنث ويجب فيه
التفصيل المتقدم وهو ان يكون له حوايط وهو مسقف وانت علمت ان السقف ليس بلازم في مسمى
البيت الشتوي **قوله** وان وقف وطاق الباب وهو بحيث اذا اغلق الباب كان خارجا عن الباب
لا يحنث لان الباب احراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج عن الباب في الدار ولو دخل راسه او احدى

رجليه

رجليه او حلف لا يخرج فاخرج احداهما او راسه لم يحنث وبه قال الشافعي واحمد ومالك رحمهم الله
وقد كان صلى الله عليه وسلم يناول عايشة راسه لتصلحه وهو معتكف في المسجد وهي في بيتها والاتم
قيامه بالرجلين فلا يكون باخراجها داخلا خارجا وفي هذا خلاف فانه ذكر في الخلاصة لو قال
لامراته ان خرجت الا باذني فانت طالق فقامت على اسكفة الباب وبعض قدميها خارج لم تطلق
الباب كان ذلك للعقد رد داخلا وبعضه الباقي خارجا ان كان اعتمادها على النصف الخارج حنث
وان كان على النصف الداخل او عليهما لم يحنث وقال في المحيط لو ادخل احدى رجليه لا يحنث
وبه اخذ الشيخان الامامان شمس الايمة الحلواني والسرخسي هذا اذا كان يدخل قايما اما اذا كان
ان كان يدخل مستلقيا على ظهره او بطنه او جنبه فقد خرج حتى صار بعضه داخل الدار ان كان الاكثر داخل
الدار يصير داخلا وان كان ساقاه خارجها ولوتنا وليديه شيا من داخل لا يحنث **فروع**
حلف لا يدخل هذه الدار فادخل مكرها اي محمولا لا يحنث فان ادخل وهو حال لا يقدر على المنع لان رضي
بفعله اختلفوا والاصح لا يحنث فلو خرج بعد دخوله مكرها اي محمولا ثم دخلها هل يحنث اختلفوا قال
السيد ابو شجاع لا يحنث وهكذا في شرح الطحاوي وقال القاضي الامام الاصح انه يحنث وبه ايا له تتمة
ولو استند في المشي ووقع في الباب يحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخل بيتا قد اشرع الى السكة
حنث اذا كان احد بابيه في السكة والاخر في الدار وكذا لو دخل في علو ها على الطريق ولم باب في الدار
وكذا الكنيف اذا كان بابه في الدار ولو حلف لا يدخل بلخ او مدينة كذا فعلى العمران بخلاف كورة بخارى
او رستاق كذا اذا دخل ارضا حنث والفتوى في زماننا ان كورة بخارى على العمران وعلى هذا الغياس
اذا حلف لا يدخل كورة مصر او بلاد مصر وهو بالشام فدخول العريش يحنث وعلى الحمل على العمران
لا يحنث حتى يدخلها ولو حلف لا يدخل بغداد او مرو فمر في سفينة بحيلة عند محمد يحنث وعند هما لا يحنث
وعليه الفتوى ولو حلف لا يدخل الفرات فدخلت سفينته في الفرات او دخل جسره لا يحنث ولو
قال ان وضعت قدمي في دار فلان فكذا فوضع احدى رجليه فيها لا يحنث على جواب ظاهر الرواية
لان وضع القدم هنا مجاز عن الدخول ولا يحنث في الحلف لا يدخل بوضع احدى رجليه ولو حلف لا يدخل
هذا المسجد فهدم ثم بنى مسجدا فدخله يحنث كالدار ولو حلف لا يدخل سكة فلان فدخل سكة افيها
ولم يدخلها لا يحنث في المختار قال في مجموع النوازل هذا اذا لم يكن للمسجد باب في السكة وهذا اذا دخل بيتا
في طريق السكة ان كان له باب فيها حنث وان كان ظهره فيها وبابه في سكة اخرى لا يحنث هذا هو الصحيح
ولو كان له بابان باب فيها وباب في غيرها حنث ولو حلف لا يدخل من باب هذه الدار فدخلها من غير بابها لا يحنث
ولو كان لها باب ضيق حلف فجعل لها بابا اخر فدخل منه حنث لان الحالف على باب منسوب اليها فيستوي
القديم والحادث الا ان عين ذلك الباب في حلفه ولو نواه ولم يعينه في حلفه لا يدين في القضاء ولو
حلف لا يدخل دارا فجعل قناة حتى صار تحتها ان كان لها مفتح في الدار ينتفع به بان يستقي منه حنث
اذا وصل هناك وان كان لا ينتفعون به الا هو اضافة القناة لا يحنث ولو حلف لا يدخل هذا الغسطاط
فغوص وضرب في مكان اخر فدخله حنث **قوله** ومن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لا يحنث بالمكث
ايا ما وهو المراد بالقعود المذكور في الكتاب حتى تدخل بعد خروجه منها استحسانا والقياس ان يحنث بالمكث
وان قصر لان الدوام له حكم ابتداء الدخول حتى صحت اراداته به اعني لو حلف لا يدخل هذه الدار ونوى به
المكث والغرار فهو صحيح حتى لو دخل ابتداء لا يحنث فيما بينه وبين الله تعالى وجه الاستحسان ان الدخول
حقيقة لغة وعرفا في الانفصال من الخارج الى الداخل والدوام لذلك فليس الدوام من مفهومه لا جزء
من مفهومه وكونه مما يصح ان يراد باللفظ مجازا لانه لازم للدخول عادة وان قل اذ كان الدخول يراد
للمكث لا ينتفي الحنث به لان اليمين لا ينعقد على المعنى المجازي للفظ بل الحقيقي وكذا لو كان حلف
ليدخلنها غدا وهو فيها فمكث حتى مضى الغد حنث لانه لم يدخلها فيه اذ لم يخرج ولو نوى بالدخول

الا اقامة فيه لم يحنث وعلى هذا قد يقال ليس هذا قياسا في مقابلة الاستحسان فان القياس
الذي هو مقابلة هو ما يتبادر ويتسارع اليه الذهن ولا يتسارع لاحد من لفظ او خل معنى
استمر منها فيقضي العجب لمن ذكر بقوله بالحنث وهذه المسئلة مما الائمة الاربعة الا في وجه عند
الشافعية كقول زفر ونظير المسئلة حلف لا يخرج وهو خارج لا يحنث حتى يدخل ثم يخرج وكذا لا يتزوج
وهو متزوج وهو متزوج ولا يتطهر وهو متطهر فاستدام النكاح والطهارة لا يحنث بخلاف
المسايل التي ذكرها بقوله لو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه وقد لا يركب هذه الدابة وهو
راكب ولا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فمكث قليلا حنث فلو نزع الثوب من ساعته او نزل او امر
في الحال لم يحنث خلافا لزفر اما الاول وهو الحنث بمكثه فلان هذه الافعال مما يحدث امثالها
وهذا لو قال لها كلما ركبت فانت طالق وهي راكبة فمكثت ساعة يمكنها النزول فيها طلقت فان سكتت ساعة
اخرى لذلك طلقت اخرى بخلاف ما لو قال كلما ركبت دابة فركب لزمه طلقة واحدة وان طال مكثه لان لفظ
ركبت اذا لم يكن الحالف راكبا يراد به ان الركوب فلا يحنث بالاستمرار وان كان لم يحكم الابتداء بخلاف حلف
لا يركب لانه يراد به الاعم من ابتداء الفعل ودوامه حكمه عرفا واستوضح على ان هذه الافعال مما يحدث
امثالها بقوله الا ترى انه يضرب لها مدة يقال ركبت يوما وليست يوما وسكنت شهرا بخلاف الدخول
فانه لا يقال دخلت يوما بمعنى ضرب المدة والتوقيت لنفس الدخول بل يقال في مجاري الكلام دخلت
عليه يوما مرادا به اما مجرد بيان الظرفية او التقدير واما مطلق الوقت اذ كان لا يمتد فيراد به
ما بين النهار والليل وذلك اعني عدم ضرب المدة تقدير الدخول دليل انه ليس فيه تجدد امثال
يصير به مكررا فيحنث بحدوث المكررات فلا يحنث ما لم يبتدأ الفعل الا ان ينوي به البقاء وهذا
على عكسه ينعقد بمقتضى مطلق اللفظ على الاعم من الابتداء والبقاء واما الابتداء فقط فمحتمله حتى لو اراد
بقوله لا اسكن واركب والبس ابتداء الفعل فقط صدق لا محتمل كلامه فلا يحنث باستمرار ساكنا
وراكبا وفرع بعض اهل العلم على كون هذه الافعال تتجدد امثال بصير بها في معنى الابتداء انه لو حلف وهو
لابس ليلبسن هذا الثوب غدا واستمر لابسه حتى مضت الغد لا يحنث بمنزلة ما لو نزعه ثم لبسه
في الغد ثم انما يحنث بتاخير ساعة اذا امكنه النقل فيها واما اذا لم يقدر بان كان بعذر الليل
وخوف اللص او منع ذي سلطان او عدم موضع ينتقل اليه حينئذ او اغلق عليه الباب فلم يستطع
فتحه او كان شريفا او ضعيفا لا يقدر على حمل المتاع بنفسه ولم يجد من ينقله لا يحنث ويعذر في ذلك
الوقت بالعدم للعذر وارد وما ذكر النقلي فيمن قال ان لم اخرج من هذا المنزل اليوم فهي طالق
تقييد او منع من الخروج حنث وكذا اذا قال لامراته وهي في منزل ابيها ان لم تحضري الليلة
منزلي فطالق فمنعوا ابرها حنث اجيب بالفرق بين كون المحلوف عليه عدما يحنث بتحققه
كيف ما كان لان العدم لا يتوقف على الاختيار لكونه فعلا فيتوقف عليه كالسكنى لان المقصود عليه
الاختياري وبتعدم بعدمه فيصير مسكنا لا ساكنا فلم تحقق شرط الحنث وسنذكر في فروع
توضح الوجه بانعم عن شاء الله تعالى ولذا لو بقي اياما في طلب مسكن وترك الامتعة والاهل في هذا لا يحنث
لانه في الصحيح ان طلب المنزل من عمل النقل فصار من الطلب مستثنى اذا لم يقدر في الطلب وهذا
اذا خرج من ساعته في طلب المنزل ولو اقام في النقلة شيئا فشيئا فان كانت النقلات لا تتفرق لا يحنث
ولو امكنه ان يبعث من ينقل متاعه في يوم فليس عليه ذلك ولا يلزمه النقل باسرع الوجوه بل
بقدر ما يسمى بانه لاق في العرف وامر الثاني فوجه قول زفر رحمه الله ان الحنث قد وجد وجد
من العقد اليسير من السكنى والركوب واللبس ولنا ان اليمين تعقد للبر والحنث ابتداء وان
وجد الحنث في بعض الاوقات واذا كان المقصود من اليمين وضعا البر وجب استثناء مقدار ما
تحققه من الزمان وهو قدر ما يمكنه فيه النزول والنقلة والمنع **قوله** ومن حلف لا يسكن هذه

الدار

الدار فخرج هو وترك متاعه واهله فيها ولم يرد الرجوع حنث وهذه المسئلة فرع التي قبلها
لما كان بالاخذ في النقلة من متاعه بيد ذكر معنى النقلة التي بها يتحقق البر فبين انه لا بد في كونه
منتقلا من الدار من نقل الاهل والمال وكذا الحالف على الا يسكن في هذه المحلة او السكة لو خرج بنفسه
عازما على عدم العود ابدا حنث وان خرج على عزم ان يرسل من ينقل له بعد المنازل ساكنا بمحل
سكنى اهله وماله عمرا فاستشهد للعرف بان السوقي عامة نهاره في السوق بحيث لا يخرج
منه الا ليلا او بعض الليل انفي ويقول انا ساكن في محلة كذا وذلك لعزة اهله وماله بها وبهذا
القول قال احمد ومالك وعند الشافعي في الحنث اذا خرج بنية التحويل قيل وهذا الخلاف بيننا وبينه
مبني على ان العبرة عندنا لحقيقة اللفظ ولا تعتبر العادة خلافا لها وهو اذا خرج بنية عدم العود فقد
انتقل اذ لا شك في انه بنفسه انتقل وعندنا العبرة للعادة لطروها على الحقيقة والحالف يريد ذلك
ظاهرا فيحمل كلامه عليه والعادة ان من كان اهله بمكان ببلدة هو بها وهو ساكن فيه عملا فيحنث
اللفظ عليه وهذا اذا كان الحالف مستقلا بمسكنه قائما على عياله فان كان مسكنه تبعا كابن
كبير ساكن مع ابيه او امراة مع زوجها فلو حلف احدهم لا يسكن هذه فخرج بنفسه وترك اهله
وماله وهي زوجها وماله لا يحنث وبه قال الفقيه ابو الليث ايضا بان يكون حلفه بالعربية
فلو عقد بالفارسية لا يحنث اذا خرج بنفسه وترك اهله وماله وان كان مستقلا بمسكنه
نعم للقابل ان ينظر فيما استشهد به للعرف وذلك ان السوقي انما يقول انا ساكن في محل كذا
وهو على نية العود فلا يكون دليلا على ثبوت السكنى فيما اذا خرج عازما على عدم العود كما في سورة
المسئلة فالوجه ترك خصوص هذا الشاهد ويدعي ان العرف على ان ساكن مالم ينتقل اهله وماله
حتى انه يقال لمن خرج وجه كذلك متى يعود خرج وجه كذلك **قوله** فلان يريد ان ينتقل بعد
ولو كان اليمين على المصر فيما اذا حلف لا يسكن هذه الدار وملء البيت
والسكة والمحلة وهي تسمى في عرفنا الخان فلو كان حلف لا يسكن هذا المصر وهذه المدينة قال
ابو يوسف لا يتوقف البر على نقل المتاع والاهل بما روي عن ابي يوسف رحمه الله نقله الفقيه ابو الليث
عن املاء ابي يوسف لانه بعد ساكنا في المصر الذي انتقل عنه بنفسه وان ترك اهله وماله
عرفا فلا يقال لمن اهله بالبصرة وماله وهو بنفسه قاطن في الكوفة هو ساكن بالبصرة والقرية
بمنزلة المصر في الصحيح من الجواب فلو حلف لا يسكن هذه القرية او البلدة وهي قرية فانتقل الى قرية
اخرى وترك اهله وماله في الاولى لا يحنث وقوله في الصحيح احتراز عمن قال في كالحلف لا يسكن
الدار فتحيث **قوله** ثم قال ابو حنيفة لا بد في كونه انتقل من الدار ومان كما مما ذكرنا من نقل كل
المتاع حتى لو بقي وتد ونحوه يحنث لان السكنى من الحالف تثبت بالكل فتبقى ما بقي منه شيء في
المبسوط وهذا اصل لابي حنيفة حتى جعل صفة السكون في الغير مانعا من ان يكون مرادا بقاء ولهذا
مانع بلدة ارتد اربابها مانعا من ان تصير دار حرب الا ان مشايخنا قالوا هذا اذا كان
الباقي مما تأتي به السكنى واما بقية مكنسة او وتد او قطعة حصير لا يبقى فيها ساكنا فلا يحنث
وحقيقة وجه دفعه ان قول السكنى تثبت بالكل ان اراد ان مجموع الكل هو العلة في سكناه
مع انقطاع نفسه عن العقار في المكان منعناه ولا لزم انه لو سرق موضع تلك الامتعة انتفت
السكنى فعلم ان السكنى تثبت مع الكل بالتفاق الحال وانما هي منوطة في العرف بقوام على وجه
الانقطاع اليه مع ما يتاتى به دفع الحاجات الكاينة في السكنى فكانت السكنى ثابتة مع الكل
وبدون الكل على ان الكلام هنا باعتبار العرف والعرف يعد من خرج لا يريد العود ونقل اهله
وبعض ماله يريد ان ينقله بعد ذلك او تركه لشغله وعدم الالتفات اليه تاركا للسكنى ذلك
المكان وقال ابو يوسف يعتبر في البر نقل الاكثر لان نقل الكل قد يتعذر بان يغفل عن شيء كما وقع

في سقف حايط او ينعسر وقال محمد يعتبر في البر نقل ما يقوم به كذا حذا بنيته اي سكناه فيما انتقل اليه الان ما وراء ذلك ليس من السكنى اذ ليس من حاجاته قال المصنف رحمه الله قالوا هذا احسن وارفق بالناس وفي الخانية عن بعضهم وهو صدح بان الفتوى عليه وكثير كصاحب المحيط والفوايد الظهيرية والخانية على ان الفتوى على قول ابي يوسف والشك ان المدار عندنا ليس على نقل الكل ليقوم الاكثر مقامه بل على العرف في انه ساكن او لا والحق ان من خرج على نية ترك المكان وعدم العود اليه ونقل من امتعته فيه ما يقوم به امر سكناه وهو على نية نقل البايتة يقال ليس ساكنا في هذا المكان بل انتقل عنه وسكن في المكان الفلاني وهذا الخلاف في نقل الامتعة اما الاهل فلا بد في البر من نقلهم كلهم اتفاقا

قوله وينبغي ان ينتقل الى منزل آخر حتى يبر بالاتفاق فانه لو انتقل الى السكة او المسجد لم يبر بالاتفاق فانهم اختلفوا قيل يحنث وعليه اقتصر نقل المصنف استدلالا بما في الزيادات لكوفي نقل عياله الى مكة ليتوطن فلما توطن بمكة بدا له ان يرجع الى خراسان فمر بالكوفة يصلي بها وكفى بين ان وطنه بالكوفة انتقض بوطنه بمكة وان بدا له في الطريق قبل ان يدخل الى مكة صلى بالكوفة ما دا على اربعة ايام وطنه بالكوفة قايم مالم يتخذ وطنا اخر فكذا هنا يبقى وطنه الاول مالم يتخذ وطنا اخر وقيل لا يحنث لانه لم يبق ساكنا وقال ابو الليث ان سلم داره باجارة او رد المستعار جرى الى المواجرة لا يحنث وان لم يتخذ دارا اخرى والطلاق يحنث اوجه وكون وطنه بالنيات في حق اتمام الصلاة مالم يتوطن غيره لا يستلزم تسميته ساكنا عرفا بذلك المكان بل بقطع من العرف فيمن نقل اهله وامتعته وخرج مسافرا ان لا يقال فيه انه ساكن في تلك الحال بل يقال فيه حال السفر انتقل عن سكني هذا المكان وهو قاصد سكنى كذا واذا لم يتحدد له قصد سكان معين قيل هو الان غير ساكن في مكان حتى ينظر اين يسكن واذا ثبت نفي تلك السكنى تمت البر والله اعلم

باب اليمين في الخروج والاتيان والركوب

الخروج منا يقابل الدخول فناسب اعقابه به ويعقبه الخروج الركوب ثم الرجوع وهو الاتيان فلما ارتبطت اوردها في باب الخروج **قوله** ومن حلف لا يخرج من المسجد او الدار او البيت او غير ذلك فاخرج انسانا فحمله فاخرجه حنث لان فعل المامور مضاف الى الامر فصار كما لو ركب دابة فخرجت به فانه يحنث لان فعل الدابة مضافا اليه كذا هذا ولو اخرجه مكرها لم يحنث لان الفعل وهو الخروج لم ينتقل الى الحالف لعدم الامر وهو الموجب للنقل والمراد من الاخراج مكرها هنا ان يحمله ويخرجه كارها كذلك لا الاكراه المعروف وهو ان يتوعده حتى يفعل فانه اذا خرج بنفسه حنث لما عرف ان الاكراه لا يعدم الفعل عندنا ونظير ما لو حلف لا ياكل هذا الطعام فاكره عليه حتى اكله حنث ولو اوجر في حلقه لا يحنث ولو حمله برضاه لامامره لا يحنث في الصحيح وقيل يحنث لانه لما كان يقدر على الامتناع فلم يفعل صار كالامر وجه الصحيح ان الانتقال لما امر لا يتحدد الرضى والامر وجد الفعل منه فلا ينسب الفعل اليه ولو قيل قصر الانتقال على الامر محل النزاع لان من يقول يحنث يجعل الرضى ابتداء قلا دفع بندع اتفاقي وهو ما اذا امر ان يتلف ماله فتلف الا يضمن المتلف لانتساب الاتلاف اليه بالامر فلو اتلفه وهو ساكت ينظر لم يهمه ضمن من غير تفصيل لانه بين كونه راضيا او لا ثم اذا لم يحنث باخراجه محمولا او كان اوكبوب زج حمله هل تحمل اليمين قال السيد ابو شجاع تحمل وهو ارفق للناس وقال غيره من المشايخ لا تحمل وهو الصحيح ذكره الميرغناني وفاضيخان وذلك لانه انما لا يحنث لانقطاع نسبة الفعل اليه واذا لم يوجد منه عليه كيف تحمل اليمين فبقيت على حالها في الذمة ويظهر اثر هذا الخلاف فيما لو دخل بعد هذا الاخراج هل يحنث فمن قال لا يحنث قال لا يحنث وهذا بيان كونه ارفق بالناس ومن قال لم تحمل قال يحنث وجبت الكفارة وهو الصحيح **قوله** ومن حلف لا يخرج من داره الا باذنه

يخرج الى جنازة ثم ذهب الى حاجات له اخرى لم يحنث لان الخروج الموجود منه الى الجنازة مستثنى من الخروج المحلوف عليه والمضي بعد ذلك ليس بخروج لانه ليس الا انفصال من الباطن الى الظاهر والذهاب ليس كذلك **قوله** ولو حلف لا يخرج الى مكة او دار فلان فخرج يريد مكة او دار فلان ثم بدا له فرجع قبل ان يصل حنث وهذا لان الخروج هو الانفصال من الداخل الى الخارج وقد وجد بقصد مكة وهو المحلوف على عدمه فيحنث به رجع او لم يرجع ومقتضى هذا ان يحنث اذا رجع وان لم يجاوز عمران مصر وقد قالوا انما يحنث اذا جاوز عمران على قصدها كما مضى لفظ اخرج معنى سافر للعلم بان المضي اليها سفر لكن على هذا لو لم يكن بينه وبينها مدة سفر ينبغي ان يحنث لمجرد انفصاله من الداخل **قوله** ولو حلف لا يأتيها فخرج بقصد ألا يحنث حتى يدخلها لان الاتيان عبارة عن الوصول قال تعالى فاتيا فرعون فقولا ولو حلف لا يذهب اليها قيل هو كالاتيان فلا يحنث حتى يدخلها وهو قول نصير قال تعالى اذهبا الى فرعون والمراد الوصول اليه وتبليغه الرسالة وقيل الذهاب كالخروج وهو قول محمد بن سلمة واختاره فخر الاسلام قال المصنف وهو الاصح قال تعالى ليذهب عنكم الرجس اي يزيله فيحمد ويحقق الزوال تحقق الحنث وكونه استعمل مرادا به الوصول في اذهبا الى فرعون لا يدل على انه لازم في استعماله غايته الامر ان يكون صادقا مع الوصول ومع عدمه فيكون للقدر المشترك بين الخروج بلا وصول والخروج المتصل به وصول فلا يتعين احدهما بالتحقق المسمى بمجرد الانفصال وهذا اذا لم ينو بالذهاب شيئا ولو نوى به الخروج او الاتيان صحت نيته لانه نوى الخروج والذهاب اليه يشترط للحنث الخروج عن قصد وفي الاتيان اليه لا يشترط القصد للحنث بل اذا فصل اليه حنث قصدا ولم يقصد كذا في جامع قاضيخان والعمايد الظهيرية **قوله** فان حلف لا يأتيها البصرة هذا ونحو من الافعال المستقبلة اذا حلف على ان يفعلا في المستقبل فاما ان يطلق او يوقتها بوقت مثل لا فعلن غدا او فيما بيني وبين الجمعة ففي المطلقة مثل ليضربن زيدا او ليعطين فلانا او ليطلقن زوجته لم يحنث حتى يقع الياس عن البر لان اليمين تبقى ما امكن البر وهيهات لم يعد اليمين برقت يفوت البر بفواته لم تسقط اليمين ولم يلزم الحالف شيء فبقي ان يقع الياس عن البر فيحكم حينئذ بالحنث وايقاع الياس الآني آخر جزء من اجزاء الحياة فان كان الحالف يطلاقها ليفعلن ولم يفعل حنث بموت احدهما وافرق في ذلك بين موته وموتها في الصحيح وتقدمت هذه في الطلاق وفي المعتدة تتعلق باخر الوقت ملومات قبل مضي الوقت ولم يفعل لم يحنث فاذا قال ان لم افعل غدا كذا فعبدي حر فمات قبل الغروب ولم يفعل لا يعتق عبده **قوله** ولو حلف اي بالله او طلاق او عتاق ليأتينه غدا ان استطاع وصورته في التعليق ان يقول امراتي طالق ان لم ايتك غدا ان استطعت وانما قيد له بقوله ان استطاع لسلامة الات الفعل المحلوف عليه ومحل اسبابه لانه هو المتعارف فعند الاطلاق ينصرف اليه وهذا ما اورد بقيد استطاعة الصحة دون القدرة اي دون الاستطاعة التي هي القدرة التي تسبق الفعل بل تخلق معه بلا تاثير لها فيه لان افعال العباد مخلوقة لله تعالى ولو اراد ان يقول ان استطعت صحت ارادتها فاذا لم يات لعذر منه او لغير عذر لا يحنث كما قال لا يتيناك ان خلي الله اتياني او الا الا يخلي اتيانك وهو فاذا لم يات لم يخلي اتيانه وان استطاعة الاتيان للغائب وان اتى واذا صحت ارادتها فهي بصدق ديانة وقضاء او ديانة فقط قيل يصدق ديانة فقط لانه نوى خلاف الظاهر وهو قول الرازي وقيل ديانة وقضاء لانه نوى حقيقة كلامه اذا كان امر الاستطاعة يطلق بالاشتراك على كل من المعنيين والاول الوجه لانه وان كان مشتركا بينهما لكن يتعود في استعماله عند الاطلاق على القرينة لاحد المعنيين بخصوصه وهو سلامة الات الفعل وصحة اسبابه فصار ظاهرا فيه بخصوصه فلا يصدقه القاضي في خلاف الظاهر **قوله** ومن حلف ان لا يخرج امراته الا باذنه فاذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة اخرى بغير اذنه حنث ولا بد من الاذن في كل خروج ومثله ان خرجت

الا بقناع ونحو ان المستثنى في قوله الا باذني خرج مخرج الاذن فاورث الخروج الملصق بالاذن
داخل في الخطر العام وهو المشكة المورثة من الفعل في سياق النفي فان المعنى لا تخرج الا باذني وطريق
اسقاط هذا الاذن ان يقول كلما اردت الخروج فقد اذنت لك فان قال ذلك ثم نهاها لم يعمل نهيه
عند ابي يوسف خلافا لمحمد وجه قول محمد انه لو اذن لها مرة ثم نهى عمل نهيه اتفاقا فكذا بعد الاذن
العام وابي يوسف انما عمل نهيه بعد المرة لانه مفيد لبقاء اليمين بخلاف النهي بعد الاذن
العام لانه لا يفيد لارتفاع اليمين بالاذن العام ولو اذن لها اذنا غير مسموع لم يكن اذنا في قول ابي حنيفة
ومحمد وقاله ابو يوسف هو اذن لانه لم يفصل بين المسموع وغيره ولما ان الاذن انما سمي اذنا لكونه
معلما او لوقوعه في الاذن ولم يوجد ثم انعقاد اليمين على الاذن في قوله ان خرجت الا باذني فانت طالق
او والله ما تخرجين الا باذني مقيد ببقاء النكاح لان الاذن انما يبطل لمن له المنع وهو مثل السلطان اذا حلف انسانا
ليرفعن اليه خبر كل ذاعر في المدينة كان على مدة وابته فلو ابانها ثم تزوجها فخرجت بلا اذن لا تطلق وان
كان زوال الملك لا يبطل اليمين عندنا لانها لم تنعقد الا على مدة بقاء النكاح ولو نوى الاذن مرة واحدة باللفظ
المذكور صدق ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر فلذا لا يصدقه القاضي اما انه خلاف
الظاهر فظاهر مما قررناه واما انه محتمل كلامه فلان الاذن من موجب الغاية في قوله لا تخرجي
حتى اذن لك وبين الغاية والاستثناء مناسبة من حيث ان حكم كل واحد منهما بعد الاستثناء والغاية مخالف
لما قبلها فيستقيم ارادة الاباذني لمعنى حتى اذن وفي حتى اذن تحمل مرة واحدة وقد بحث بعضهم في حتى انها
ايضا توجب التكرار واستدل بقوله تعالى حتى تستأنسوا فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم ونحن نقول ان قام
الاجماع على ان التكرار يراد فلا نزاع وانما الكلام في انه هو مودي اللفظ فعلنا لا فانه اذا قال حتى
اذن لك يكون قد جعل النهي عن الخروج مطلقا مغيا بوجود ما هو اذن ومرة واحدة من الاذن
تحقق ما هو اذن فيتحقق غاية النهي فيزول المنع المضاف اليه اللفظ فان كان منع آخر فبغيره من دليل
اخر اوعلم انه اريد به خلاف مقتضاه وظاهر مذهب ابي حنيفة في قوله الا باذني انه ينتهي اليمين
بخرجة واحدة باذن الزوج او بغير اذنه فلا تطلق بالخروج بعده بلا اذن وفي وجه كقولنا وهو
اختيار المزني والعقيلي **قوله** ولو قال الا ان اذن لك فاذن لها مرة واحدة ثم خرجت بعدها
بغير اذنه لم تحنث ونقل عن احمد لزوم تكرار الاذن فيه ايضا مثل الاباذني وهو قول الغدانية
لان المعنى الا خروجا باذني لان ان والفعل في تاويل المصدر وهو يصح الاخروجا اذني فلزم ارادة
الباء فصار باذني والجواب انه لا بد من احد الامرين اما ما ذكرنا من ارادة الباء المحذوفة او ما قلنا
من جعلها بمعنى حتى مجازا اي حتى اذن لك وعلى الاول يكون الاول على الثاني بتعدد الاذن واحاد
واذا لزم في الا اذن لك احد المجازين وجب الراجح منهما ومجاز غير الحذف اولى من مجاز الحذف عندهم
لانه تصرف في وضع اللفظ ومجاز الحذف تصرف في ذاته بالاعدام مع الارادة ثم هو موافق للاستعمال
القرآن قال تعالى حتى يعطوا الجزية اي بانهم الذي بنو اربية في قلوبهم الا ان تقطع قلوبهم فان قيل فقد تحقق
معنى ما باضمار الباء ايضا في قوله تعالى لا تدخلوا بيوت النبي الا ان يؤذن لكم الآية والجواب وجوب
تكرار الاذن اجيب بالمنع بل وجوب التكرار يفهم من الادلة الموجبة منع دخول انسان بيت غيره فضلا
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الا باذنه ولذا كل ما كان مثل هذا وهو كثير مثل وما كان ربك نسيا الله
وانتم لا تعلمون لشيء اني فاعل ذلك غدا الا ان يشاء الله ولكن لا تواعدوهن سرا الا ان تقولوا قولا معروفا
لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وغير ذلك فان كلا منها يستقل فيه دليل
على المنع او الفعل مع كل منكر رفانما يلزم لو لم يكن دليل على التكرار سواه وقد اجيب ايضا عن الآية
الاولى ان لزوم تكرار الاذن للعلة المنصوصة فيما من قوله تعالى ان ذلكم كان يوذي النبي فالزم
بعض المحشين ان يكون كذلك فيما نحن فيه لان خروج المراة بغير اذن الزوج مما يوذي الزوج ايضا وهذا

ذهول

ذهول عظيم لان الثابت بالعلة المنصوصة في قوله تعالى ان ذلكم كان يوذي النبي المنع الذي هو حكم شرعي
وهو ثبت بالعلل الشرعية اما هنا فبالنظر فيما يتعقد عليه يمين الحالف ويلزم بعدمه الكفارة
وذلك لا يكون الا باللفظ الناص على المحلوف عليه لا بالعلة لو صرح بها بان قال والله لا اشرب
ما العنب المشتد لاسكار فانه لو شرب مزرا لا يقول احد انه حنث ولزمه كفارة مع انه
لم يحلف عليه بخلاف ما لو حلف لا يشرب مسكرا فكيف اذا لم يصرح بما يل استنبطت لا فعل هذا
الباحث استنبط ان الزوج يكره خروج زوجته بلا اذن نعم قد يقال لا نجرد ذلك لا يدل على منع كل دخول
الا باذن وكل مشية للعباد الا بمشية الله تعالى ودل قوله ابي فاعل عذا كذا الا ان يشاء الله بالمشية
سوى الادلة المذكورة خصوصا في الاخير ولو فرض الاجماع على ذلك فمستند الاجماع ليس الا هذه
الادلة واقل ما في الباب ان يكون وجود هذا المجاز اكثر والكثرة من اسباب الترجيح وحينئذ كون
غير مجاز الحذف اولى يجب ان يكون في غير ما يكون الحذف فيه مطردا مستمرا سهو ما من اللفظ بالزيادة
تامل وانت علمت ان حذف حرف الجر مع ان وان مطرد وهنا لفظان احدان هما الا ان اذن لك وجب ان
يسلك به مسلك حتى وبغير اذني وجب فيه تكرار الاذن مثل الا باذني لان المعنى فيهما واحد مع وجود الباء
وهذا كله خلاف ما لو قال لا اكلم فلانا الا باذن فلان او حتى باذن او الا ان باذن او الا ان يقدم فلان
او حتى يقدم او قال لرجل في داره والله لا تخرج الا باذني فانه لا يتكرر اليمين في هذا كله لان قدوم
فلان لا يتكرر عادة والاذن في الكلام يتناول كل ما يوجد من الكلام بعد الاذن ولذا خروج الرجل
ما لا يتكرر عادة بخلاف الاذن للزوجة فانه لا يتناول الا ذلك الخروج المأذون فيه عادة لا
كل خروج الا بنص صريح فيه مثل اذنت لك ان تخرجي كلما اردت الخروج ونحو فكان الاقتصار في
هذا الوجود الصارف عن التكرار لا لان العرف في كل على التفصيل المذكور بل مودي اللفظ ما ذكرنا
وثبوت خلافه للصارف العرفي ثم ذلك المودي اللغظي في مثل ان خرجت الا باذني والا ان اذن
لك لم يمنع العرف بخلافه فوجب اعتباره كذلك **قوله** ولو ارادت المراة الخروج فقال ان خرجت
فانت طالق فجلست ثم خرجت لم تحنث وذلك ان اراد رجل ضرب عبده فقال له ان ضربتك
فعبدي حر فتركه ثم ضربه وهن شبه يمين الفور انفرد ابو حنيفة رضي الله عنه باظهار وكان
اليمين في عرفهم قسمين موبدة وهي ان يحلف مطلقا وموقتة وهي ان يحلف ان لا يفعل كذا اليوم
او هذا الشهر فاخرج ابو حنيفة رضي الله عنه يمين الفور وهي يمين موبدة لفظا موقتة معنى
تتقيد بالحال وهي ما يكون جوابا للكلام يتعلق بالحال مثل ان يقال تعالى تغدى عندي فيقول
ان تغديت فعبدي حر فيتقيد بالحال فاذا تغدى في يومه بمنزله لا يحنث لانه حين وقع
جوابا تضمن اعادة ما في السؤال والمسؤول التغدي في الحال فينصرف اليمن الى الغد الحالي للتوافق المطابقة
فلزم الحالي بدلالة الحال بخلاف ما لو قال ان تغديت اليوم فانه يحنث اذا تغدى في منزله من يومه
لانه زاد على الجواب فيعتبر مبتدا يمينا فيعمل بظاهر لفظه ويلغى ظاهر الحال والغالب اولى من
النص لفظ صريح في معناه او ما يكون بناء على امر حالي كامراة تهيات للخروج فحلف لا تخرج فاذا جلست
ساعة ثم خرجت لا يحنث لان قصده ان يمنعها من الخروج الذي تهيات له فكانه قال ان خرجت الساعة
ومنه من اراد ان يضرب عبده فحلف عليه لا يضربه فاذا تركه ساعة بحيث يذهب فور ذلك ثم ضربه يحنث
لذلك بعينه وقال زفر رحمه الله يحنث وهو قول الشافعي لانه عقد يمين على كل غد او خروج وضرب
فاعتبر الاطلاق اللغظي وهو القياس ووجه الاستحسان ما ذكرنا والكلام فيما اذا لم يكن للحالف
نية **قوله** ومن حلف لا يركب دابة فلان اعلم انه اذا حلف لا يركب دابة فلان انعقدت على
عامة وبغلته وفرسه فلو ركب حمله او فيله لم يحنث وان كان اسم الدابة لغة يقع على الارض لكنه
خصصه العرف بالركوب المعتاد والمعتاد هو ركوب هذه الانواع الثلاثة فيتقيد به وان كان

الحمل ما يركب ايضا في الاسفار وبعض الاوقات فلا يحنث بالحمل الا اذا نواه وكذا الفيل والبقرة
اذا نواه حنث والا فينبغي ان كان الحالف من البدو ان ينعقد على الحمل ايضا بلا نية لان ركوبها
معتاد لهم وكذا اذا كان حضريا جاهلا او المحلوف على دابته جال في خاطره بلا نية واذا كان مقتضى
اللفظ انعقادها على الانواع الثلاثة فلو نوى بعضها دون بعض بان نوى الجارية دون الفرس مثلا لم يصدق
ديانة ولا قضاء لان نية الخصوص لا تصح في غير اللفظ وسيأتي تمامه في العقل الذي بعده ولو حمل على
دابته مكرها لا يحنث على ما مر وان مانعا قدم في اول الفصل ولو حلف لا يركب مركبا ونية لم يحنث بكل مركب سفينة
او محمل او دابة ولو ركب دابة عبد مأذون له مديون او غير مديون لم يحنث عند ابي حنيفة الا ان ينوي
دابة عبده فيحنث به الا اذا كان على العبد دين مستغرق فانه لا يحنث حينئذ بركوبها وان نوى دابة
العبد ايضا لانه لا ملك للمولى فيه عند ابي حنيفة رحمه الله واما اذا لم يحنث بركوب دابة العبد
وان لم يكن عليه دين او كان لكنه مستغرق الا ان ينوي به فلان الملك فيه وان كان للمولى لكنه عرضة اضافته
الى العبد عرفا وشرعا قال صلى الله عليه وسلم من باع عبدا وله مال فماله للبايع الا ان يشترطه المبتاع وان
باع نخلا قد ابرت فثمرته للبايع الا ان يشترط المبتاع اخرجه الستة كلهم عن الزهري عن سالم عن ابن عمر
عنه صلى الله عليه وسلم فاختلفت اضافة المال الى المولى وان كان ملكا له فقصر الاملاك عن تناوله الا بالنية
وقال ابو يوسف في الوجوه كلها وهو ما اذا لم يكن عليه دين او عليه مستغرق او غير مستغرق يحنث
اذا نواه فيتحقق خلافه لابي حنيفة فيما اذا كان دين مستغرق ونواه فان عند ابي حنيفة لا يحنث
لعدم ملك السيد لما في يده وعند ابي يوسف هو مملوك للسيد وان استغرق فيحنث بنيته
وقال محمد يحنث في الوجوه الخمسة وهي ما اذا لم يكن عليه دين او عليه دين مستغرق او غير مستغرق
نوى دابة العبد او لم ينو لاعتبار حقيقة الملك في الدابة المحلوف عليها اي انعقدت يمينه
على كل دابة يملكها المحلوف عليه دابته وما في يد المأذون ملك السيد وان كان مديونا مستغرقا
فيتحقق الحنث بركوبها وقول محمد هو قول مالك والشافعي واحمد والظاهر ان ابا حنيفة رحمه الله اشعر
بالعرف هنا فانه يقال هذه دابة عبد فلان وتلك دابة سيده فينصرف اليمين الى ما يضيفه العرف
اليه لا الى ما يضيفه الملك اليه مع اضافة العرف اياه الى عين واقل ما يجب اذا صارت هذه الدابة
تضاف الى كل منهما لا ينعقد عليها الا بنية ومع نية احدهما انعقدت عليها وان نقد
الى اضافتها الى غيرهم لم ينعقد عليه فلا ينعقد عليها الا ان ينويها او غير انه يقول اذا كان دينه مستغرقا
انقطعت الاضافة الى السيد بالكلية لانعدام الملك لان العرف ما كان يضيفه الى السيد
مع اضافته الى العبد الا بناء على ملكه فاذا انتفى انتفى

باب اليمين في الاكل والشرب

اعقبه الخروج لان الخروج من المنزل يراد لتحصيل ما به بقاء البنية من الماكول والمشروب اليه الاشارة بقوله تعالى فاشوا في مناكبها وكل من رزقه على ما يقال والاكل ايصال
ما يأتي به المضغ الى الجوف وان ابتلعه بلا مضغ والشرب ايصال ما يأتي فيه المضغ كالماء واللبن
والنبيذ هكذا في التجريد وذكر الزيد وسيتبين ان الاكل عبارة عن عمل الشفاه والحلق والذوق
عبارة عن عمل الشفاه دون الحلق والابتلاع عبارة عن عمل الحلق دون الشفاه والمص عبارة
عن عمل اللهاة فعلى هذا لو كان في فمه شيء فحلف لا يأكل فابتلعه ينبغي ان لا يحنث وفي فتاوى
ابي الليث ما يدل على انه يحنث وهو الصواب اذ لا شك في انه اكل اذا كان مما يمضغ على تفسير
ما يصل الى الجوف واشتراك ان قوله عمل الشفاه انما يراد حركتها فهو في الاكل ويلزم
ان يحنث بما بقي في فمه لانه لا بد من حركة لفيه وهذا لانه لا يمكن ان يراد من عمل الشفاه
هضمه والحق ان الذوق عمل اللسان لمجرد معرفة الطعم وصل الى الجوف او لا قيل فكل اكل ذوق وليس كل
ذوق اكلا فيكون بينهما عموم مطلق واعلم ان الاكل اذا كان ايصال ما يحنث بهضمه لم يكن عمل الفم معتبرا

في

في مفهومه وان كان قد تحقق معه لزم ان بينهما عموما من وجه فيجتمعان في ايصال ما هضم عمل الفم اعني الجنكين
وينفرد الذوق فيما لم يوصل والاكل فيما ابتلع بلا مضغ مما يمضغ ويعرف طعمه الا بالمضغ كلب اللوز ونحوه
لان في المحيط حلف لا يذوق فاكل وشرب يحنث ولو حلف لا يأكل او لا يشرب لا يحنث بالذوق وما روي هشام حلف
لا يذوق فيمينه على الذوق حقيقة وهو ان لا يصل الى جوفه الا ان يتقدمه كلام يدل عليه نحو ان يقول
تعالى تغدى بي فحلف لا يذوق معه طعاما ولا شرابا فهذا على الاكل والشرب يدل على ان عدم الوصول
الى الجوف ماخوذ في مفهوم الذوق فعلى هذا ينبغي ان لا يحنث بالاكل في الحلف على الذوق والذي يغلب
ظنه ان مسئلة المحيط يراد بها الاكل المقترن بالمضغ او البلع لما يتوقف معرفة طعمه على المضغ او ما
تقطع بان ابتلاع قلب لوزة لا يقال فيه ذاق اللوز ولا يحنث بمثله واذا حلف لا يأكل شيئا فاكل شيئا آخر
فيه المضغ مخلوطا بغيره ما يوكل فاكله معه حنث ولو عنى بالذوق الاكل لم يصدق في القضاء ولو حلف
لا يأكل عنبا او رمانا فجعل يمتصه ويرمي قشره ويبتلع المتحصل بالمص لا يحنث لان هذا ليس اكلا ولا شربا
بل مص ولو حلف لا يأكل لبنا فشربه لا يحنث ولو ترويه فاوصله للجوف حنث ولو حلف لا يشرب لبنا
فترويه فاكله لا يحنث ولو شربه حنث قيل هذا اذا حلف بالفارسية واما اذا حلف بالفارسية فانه
يحنث مطلقا وهو الصحيح لان كلا من الاكل والشرب ليس بخرون فاذا قال عني حرم بلا نية صدق عليهما فيحنث
بكل منهما وهذا حق وعليه التعويل ولو حلف لا يأكل هذا الرغيف فجعله وذقه ثم مرسه بالماء فشربه
لا يحنث ولو اكله مبلولا حنث والسويق اذا شربه بالماء يكون شربا الا اذا كان بله بالماء فاكله حنث

قوله ومن حلف لا يأكل من هذه النخلة فهو على ثمرها بالمثلثة اي ما يخرج منها لانه اضاف اليمين
الى ما لا يوكل ومثله لا يحلف على عدم اكله لانه يمتنع الاكل قبل اليمين فيلغو الحلف فوجب لتصحيح
كلام العاقل صرفها الى ما يخرج منها تجوزا باسم السبب وهو النخلة عن المسبب وهو الخارج لانها سبب
فيه لكن بلا تغير بصنع جديد فلا يحنث بالنبيذ والخل والناطف والدبس المطبوخ واحترز به عن غير
المطبوخ وهو ما يسيل بنفسه من الرطب وهو الذي يسمى في عرفنا صفر الرطب فانه يحنث به
كالحنث بالرطب والتمر والبسر والرامخ والجمار والطلع وهذا لان ما توقف على الصنعة ليس مما خرج
مطلقا ولذا عطف عليه في قوله تعالى ليأكلوا من ثمره وما عملته ايديهم وقيل لان ما تحصل بالصنعة
ليس مما خرج ابتداء من النخلة ومن لابتداء الغاية وكل ما يخرج على وجه الابتداء انعقد عليه يمينه وما يخفى
ان من المذكورة في كلامه داخلة على النخلة بتبعيضه لا ابتدائيه فيدخل من المذكور في الناطل اعني قوله
لا اكل مما يخرج من النخلة ابتدائيه وهو غير مذكور وما ذكرناه اعتبارا للمذكور ومثله حلف لا يأكل من هذا
الكرم فهو على عنبه وحصرمه وزبيبه وعصيره وفي بعض المواضع دبسه واراد عصيره فانه سماه
العنب وهو ما يخرج لا يصنع عنه انتهى يصح العنب وانه كان ممكنا بين التشريح خلاف ما لو حلف لا يأكل
من هذا العنب لا يحنث بزبيبه وعصيره لان متبقته ليست ممجوزة فيتعلق الحلف بمسمى العنب
ثم انصراف اليمين الى ما يخرج من الحلف لا يأكل من الشجرة فيما اذا كان لها ثمرة فان لم يكن لها
ثمرة انعقدت على ثمنها فيحنث به اي اذا اشترى به ماكولا **فرع** حلف لا يأكل من هذه
الشجرة فقطع غصنا منها ووصله بشجرة اخرى فاكل من ثمرة تلك الشجرة من هذا الغصن لا يحنث وقال بعضهم
يحنث **قوله** وان حلف لا يأكل من هذا البسر فصار رطبا فاكله لم يحنث وكذا اذا حلف لا يأكل من هذا الرطب
فصار غرا او من هذا اللبن فصار كشيرازا اي رايبا وهو الخاثر اذا استخرج ماؤه فاكله لا يحنث لان
الاصل ان المحلوف عليه اذا كان بصفة داعية الى اليمين تقيد به في المعرف والمنكر فاذا زالت زالت
اليمين عنه وما لا يصلح داعية اعتبر في المنكور دون المعرف وصفة البسورة والرطوبة مما قد تدعوا
الى اليمين بحسب الاوجه وكذا صفة اللبنية فاذا زالت زال ما عقد عليه اليمين فاكله اكل مما لم ينعقد
عليه ويخص اللبن وجه ذكره بقوله وان اللبن ماكول فلا ينعقد الا على عينه لا على ما يصير اليه ان الخثيثة

ان لحمية غير مجورة فلا يحنث بشيرازه ولا سمنه وزيته خلافا لما اذا حلف لا يأكل هذا الصبي او هذا الشاب
فكله بعد ما شاخ لان هجران المسلم يمنع الكلام معه متى فلم يعتبر ما يحال داعيا الى اليمين جهلا وسوادا به اذا كان
الشارع منعنا من هجران المسلم مطلقا مع علمه بان الداعي قد يكون كذا وكذا فوجب الاتباع ونظر فيه بان الهجران
قد يجوز او يجب اذا كان لمن يتكلم بما هو معصية او يخشى فتنة او فساد عرضه بكلامه فلا نسلم ان
الشارع منع الهجران فحيث حلف لا يكلمه لا يحكم الا انه وجد المسوغ واذا وجد اعتبر الداعي فتقيد يمينه
وسيجيئه وتذكر ما فيه في المسئلة التي تليها قوله ولو حلف لا يأكل من لحم هذا الحمل فاكل منه بعد ما صار كبشا
حنث لان صفة الصغر في هذا ليست داعية الى اليمين فلا يتقيد به فانعقدت على ذاته فيحنث
به كبشا لوجود ذاته فيه وانما قلنا ليست داعية لان الصغر داع الى الاكل لا الى عدمه فالممتنع عنه
مع صلوحه للتدامنا عنه كبشا وفي هذا نظر لان الحمل ليس محمودا في الضان لكثرة رطوباته
زيادة حتى قيل فيه المحش من بين الجيد بن بخلافه كبشا فان لحمه حينئذ اكثر قوة وتقوية للبدن لقلة
رطوباته فصار داعيا لحلف لا يأكل من هذا الرطب فاكله تمر لا يحنث واعلم ان ايراد مثل هذا وما قبله في مسئلة
لا اكل هذا الصبي ذهول عن وضع هذه المسائل وتسيان انما بنيت على العرف فيصرف اللفظ الى المعتاد في
العمل بالعرف في التناول وان المتكلم لو اراد معنى يصح ارادته من اللفظ لا يمنع منه فحي مسئلة الحمل العموم
يفضلونه وهو عندهم غذاء غاية الصلاح وما يدرك لحمه الا افراد عز فوا شيا من الطب فوجب بحكم
العرف اذا لم تبن له نية ان يصرف اليمين اليه ذات الحمل لانه لما كان صالحا في الغاية عند العموم لا يحكم
على الفرد من العموم انه على خلافه فينصرف حلفه اليهم فيلزم ان لا تعتبر الحملية قيدا وكذا الصبي لما كان
موضع الشفقة والرحمة عند العموم وفي الشرع لم يجعل الصبا داعية لليمين في حق العموم فينصرف
اليه ذاته وهذا لا ينفي قول طائفة من الناس بعدم طيب الحمل وسوء ادب صبي علم انه لا يرد عنه
الا ترك الكلام معه او علم ان الكلام معه يضره في عرضه او دينه فعقد يمينه في الاول على مدة
كونه حملا وفي الثاني على مرة صباه فانا نتنزل لو اراد حالف تقييده بالحملية والصبي لم نمنعه
وصرفنا يمينه حيث صرفها وانا الكلام اذا لم ينو شيئا فانما نسلك به ما عليه العموم اخطأوا فيه
او اصابوا قليلي هذا مثلك بال فانك تدفع به كثيرا من امثال هذا الغلط المورد على الائمة قوله
ومن حلف لا يأكل بسرا فاكل رطبا لم يحنث لانه ليس ببسر واليمين انعقد على خصوص صفة البسرية
لما ذكرنا انها داعية لليمين قوله ومن حلف لا يأكل بسرا او رطبا او حلف لا يأكل بسرا ورطبا فاكل
بسرا مذنبا بكسر النون وهو ما بدا الارطاب بذنبه حنث عند ابي حنيفة وقالا لا يحنث هكذا ذكر
المصنف والذي في كتب المعتبرة مثل المبسوط وشروحه وكافي الحاكم وشرح الطحاوي للاسبيجابي
وشروح الجامعين والايضاح والاسرار والمنظومة وغيرها مما يغلب ظن خطأ ما ذكره قول محمد مع ابي
حنيفة وصورة المسئلة اربع اتفاقية وفلانية اما اذا حلف لا يأكل رطبا فاكل رطبا مفضوخا او لا يأكل بسرا فاكل
بسرا مذنبا يحنث اتفاقا وظاهر في الثاني وهي اذا حلف لا يأكل رطبا فاكل بسرا مذنبا وما اذا حلف لا يأكل
بسرا فاكل رطبا مذنبا فانه يحنث عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف وجه قوله ان البسر
المذنب لا يسمى رطبا لان الرطب فيه مغلوب وان الرطب الذي فيه تبع من البسرية لا يسمى بسرا
فلم يفعل المحلوف عليه فلا يحنث ولذا لا يحنث بشرائها في حلفه لا يشتري بسرا او رطبا ووجه قولهما
ان اكل ذلك الموضع هو اكل رطب وبسر فيحنث به لانا لكل وهذا لان اكل كل جزء مقصود لانه يمضغ
ويبلع بمضغه وابتلاع بعضه فلا يتبع القليل منه الكثير كما في الشراء انه يتعلق بمحل المشتري
منهما فيكون القليل فيه تبعا للكثير ولذا لو حلف ان لا يشتري رطبا فاشتري كباسة بسر فيها
رطب لا يحنث لان الشراء صادف المجموع فكان الرطب تابعا فكذا الحالف لا يأكل شعيرا فاكل
حنطة فيها شعيرة حنث وان حلف على الشراء لم يحنث وكذا الشهيد في كافيه وقد يقال اولا التعليل

المذكور يتقصر على ما فصله فاكله وحده اما لو اكل ذلك المحل مخلوطا بغيره فلم يتحقق التبعية
في الاكل وثانيا هو بناء على انعقاد اليمين على الحقيقة او العرف والاظهر الذي فيه بقية بسر
انه يقال اكله اكل بسرا بالعرف فكان قول ابي يوسف انعقد بالمبنى والله اعلم قوله ومن حلف
لا يأكل لحما لم يحنث الا من تنعقد هذه على لحم الابل والبقر والجاموس والغنم والطيور مطبوخا ومشويا
وفي حنثه بالسمك خلاف الاظهر لا يحنث وعند الفقيه ابي الليث يحنث فلو اكل لحم السمك لا يحنث
والقياس ان يحنث وهو رواية شاذة عن ابي يوسف لانه سمى لحما في القرآن قال تعالى لتأكلوا منه
لحما طريا اي من البحر وهو السمك وبه استدل سفيان لما استفتاه فيمن حلف لا يأكل لحما فاكل سمكا فرجع
الى ابي حنيفة فاخبره فقال ارجع فاسله فيمن حلف لا يجلس على بساط فجلس على الارض فسأله فقال لا يحنث
فقال اليس انه قال تعالى والله جعل لكم الارض بساطا فقال لسفيان كان السائل الذي سألني امس
فقال نعم فقال لسفيان لا يحنث في هذا وفي الاول فرجع عن ذلك القول وظهر ان تمسك ابي حنيفة
انما هو بالعرف كما ذكر المصنف ووجه الاستحسان ان التسمية التي وقعت في القرآن مجازية لا حقيقة
لان اللحم منشأ وفي من الدم والدم في السمك لقلته المائية ولذا لا يذكو فانه ينقض بالدابة تنعقد
من الدم ولا يحنث باكلها لما كان العرف وهو انه لا يسمى لحما وانه ذهب اوهام اهل العرف اليه عند اطلاق
اسم اللحم ولذا لو قال اشتر لحما فاشترى سمكا عد محالفا لذا وايضا يمنع ان اسم اللحم باعتبار انعقاد
من الدم بل باعتبار الالتحام والايمان تبنى على استعمال القرآني الآخر اي انه لو حلف لا يركب دابة
فركب كافرا او جلس على بساط وقد جلس على جبل لا يحنث مع تسميتهما في القرآن دابة واوتادا وهذا
كله اذا لم ينو اما اذا نواه فاكل سمكا طريا او ما كاهنث فرع حلف لا يأكل لحما فاكل من
مرق لحم لا يحنث الا اذا نواه قوله وان اكل لحم خنزير او لحم انسان يحنث لانه لحم حقيقة لا انه حرام
واليمين تنعقد على الحرام منعا وعملا وان وجب في الحمل ان يحنث خلافا لنذر للنص ولا نذر في معصية
لله تعالى ولما كان يرد عليه ان الايمان تبنى على العرف والعرف يذهب الاوهام في اكل اللحم الى اكل لحم
الادمي والخنزير وان سمي العرف لحم الادمي لحما وكذا لحم الخنزير لان الواجب العرف في قولنا
اكل فلان لحما كما فعلنا في ركب دابة فلان اعتبر العرف في ركب فان المتبادر منه ركوب
هذه الانواع فتقيد الركوب المحلوف عليه به ثم نقل العتابي خلافه فقال قيل الحالف اذا كان
مسلما يبقى لا يحنث لان اكله ليس بمتعارف ومبنى الايمان على العرف قال وهو الصحيح وفي النهاية
عليه الفتوى وما قيل العرف العملي لا يفيد اللفظ غير صحيح وقد قدمناه في نكاح الفضولي رد على
المصنف هناك واورد ان الكفارة فيما معنى العبادة فكيف يجب بفعل هو حرام محض واجيب
بان الحل والحرمة انما يراعيان في السبب والسبب في وجوب الكفارة اليمين وان كان متعلقا
باليمين والحنث واما علق بها حتى يجوز تقديم الكفارة على الحنث وان كان السبب هو اليمين
وحده ليكون سبب الكفارة موصوفا بالاباحة والحرمة الاباحة لليمين والحظر للحنث
وهذا انصراف عن المذهب المجمع على نقله من ان السبب هو الحنث وكونه اليمين مذهب
الشافعي والكفارة اشترط عليه وكان يغني عن ذلك في اثباته فيما تقدم تسليم ان اليمين
سبب ولكن اشترطنا لوجوب الكفارة الحنث لما ذكر وحينئذ لا خلاف بيننا وبينهم ويوجب بطلان
ما اتفقوا عليه في الجواب من ان الاضافة في كفارة اليمين الى الشرط لا الى سبب وكل هذا لان
التزام ان الكفارة في اليمين لستر الجناية الثابتة بالحنث ونحن جعلنا ما جبر لحرمة اسم الله
الجانية بالحنث معصية كان الحنث او طاعة واجبة او مندوبة وهذا لان الحنث اذا كان
واجبا استحال ان يكون حراما وما يظن من انه يصح واجبا حراما من وجهين توهم واه فعيف
الواجب والحرام ما تعلق به خطاب الشرع كما عنه وطلبا له فكيف يكون بعينه مطلوب

العدم مطلوب الايجاد في وقت واحد فليس ذلك الا وهما من الاوهام ومثله في كفارة الاحرام بثبت ج ٢
جناية اذا كان سريعا او به اذى من راسه **قوله** وكذا اذا اكل كبدا او كرشا او رية او قلبا او طحالا يعني
يحنث لانه نمو من الدم ويستعمل استعمال اللحم وقيل في عرفنا لا يحنث لانه لا يعد لحما قال في الخلاصة هذا في
عرف اهل الكوفة وفي عرفنا يحنث وذكر في المحيط ايضا ولو اكل الراس والاكارع يحنث وبه قال الشافعي
في الاصح ج يحنث باكل الشحم والا لبه الا اذا نواه في اللحم بخلاف ما لو حلف لا يشتري شحما لم يحنث الا في شحم البطن
في الوجود ويقال في العرف لحم سمين **قوله** ولو حلف لا ياكل اداما فاشترى شحما لم يحنث الا في شحم البطن
عندابي حنيفة وقالا يحنث في شحم الظهر ايضا وهو اللحم السمين لوجود خاصية التحم فيه وهو المذوب
بالنار فلزم كونه من جنس مسماه ولذا استثنى في قوله تعالى حرمنا عليهم شحومهما الا ما حملت ظهورهما فحنث
به وله انه لحم حقيقة لانه ينشا من الدم ويستحيل استعمال اللحم في الحاء الوان الطعام والغلايا فيجعل تطعما
ويلقى فيها ليوكل اكل اللحم ولا ينفعل ذلك بالشحم ويحيل به نوته ولهذا يحنث باكله في اليمين على الا ياكل اللحم
ولا يحنث ببيعه في اليمين على الا يبيع شحما والقاطع بنفي قولهما ان العرف لا يفهم من اسم الشحم الا ما في البطن
وهو الذي يسمى باليه شحما في العرف وبابي ذلك ليسمى لحما والايمان تبنى على الاسماء الشرعية
فلا يصير تسميته شحما في اية الاستثناء وقول بعض اهل رهين شحم الظهر اما اليه او لحم او شحم لا عامل انه اليه
وليس بلحم لانه يذوب دون اللحم وابضا يقال له شحم الظهر فلا لحم الظهر فتعين انه شحم فيحنث باكله بعد ما
ذكرنا ولا يفيد على انا نمنع كونه ليس بلحم والاستدلال عليه بانه يذوب معارض بانه يستحيل استعمال اللحم
كما ذكرنا وبه يلزم كون الذوب ليس لازما مختصا واللوازم جاز كونها مساوية للزومها وكونها اعم منه ○
فتشترك الانواع المتباينة في لازم واحد فجاز كون الذوب يتحقق فيما ليس بلحم وفي بعض ما هو لحم والضرر
في ذلك وكذا يمنع انه لا يقال له لحم الظهر بل يقطع انه يقال له لحم سمين ولو قيل هذا لحم الظهر او من الظهر
لم يعد مخطيا وكذا صح غير واحد قول ابي حنيفة وذكر الطحاوي قول محمد مع ابي حنيفة وهو قول مالك والشافعي
في الاصح وما في الكافي من قوله فصارت الشحوم شحم الظهر وشحم مختلط بالعظم وشحم على ظاهر الامعاء وشحم
البطن فنى شحم البطن يحنث بالاتفاق والثلاثة على الاختلاف لا حاجة الى نظر بل لا ينبغي خلاف في عدم الحنث
بما في العظم قال الامام السرخسي اذا حد لم يقل بان مخ العظم قال الامام السرخسي شحم انتهى وكذا لا ينبغي
خلاف في الحنث بما على الامعاء لانه لا يختلف في تسميته شحما **قوله** وقيل هذا ابالخلاف فيما اذا قال بالعربية
واما اسم بيه بالفارسية فلا يتبع في شحم الظهر بحال فلا يحنث اذا حلف بالفارسية بل قال بمن حرم بيه
ثم اكل شحم الظهر **قوله** ولو حلف لا ياكل او لا يشتري لحما او قال شحما فاشترى اليه او اكلها لم يحنث لانه نوع
ثالث لا يستعمل استعمال اللحوم والشحوم والحق انه لا يحنث به في حلفه باللحم خلافا لبعض الشافعية
والشحم بمين الشحم خلافا لاحمد للعرف والعادة واما انه لا يستعمل استعمال الشحم ففيه نظر الا ان يراد جميع
استعمالاته **فروع** حلف لا ياكل لحم بشاه فاكل لحم عنز يحنث وقالا ابو الليث لا يحنث مصريا
كان الحالف او قرويا وعليه الفتوى لتغير العرف فيه ولو حلف لا ياكل لحم بقر فاكل لحم الجاموس يحنث لانه
لانه نوع لا يتناول الاعم وفي فتاوى قاضيخان ينبغي الا يحنث في الفصلين لان الناس يفرقون بينهما ولو
حلف لا ياكل طعاما سماه فمضغه حتى خرج من مرارته ثم القاه لا يحنث ولو فعل هذا في العنب فازدرد
العنقود والحب وابتلع الماء يحنث وان رمى قشره فقط وابتلع الماء والحب حنث لانه اكل الاكثر ولو حلف لا ياكل
شيا من الحلوى فاي شيء اكله من الحلوى من الخبيص او العسل او السكر او الناطف حنث ذكره في الاصل قال
الامام السغناقي في شرح الكافي هذا في عرفنا اما في عرفهم فلو اكل من الخبيص والسكر والعسل ولو حلف لا ياكل طعاما فاكل
طعاما مما لا يحنث ممن حلف لا ياكل الفلفل فاكل طعاما فيه فلفل ان وجد طعم الفلفل يحنث والفقيه نوح
بن الملح والفلفل في الفلفل يحنث كان عينه غير ماكول فينصرف اليمين الى ما يتخذ فيه بخلاف الملح فلا يحنث
ما لم ياكل عينه مرادا او مع غيره الا اذا كان وقتا يحلف به لانه يعد صرفه الى الطعام المالح ويقول

الفقيه نعتي وفي الخلاصة فيمن حلف لا ياكل من ملح خبزه فاخذ ماء وملحا وجعلهما في العجين لا يحنث لانه
لا شيء ولو حلف لا ياكل لبنا فطبخ باورز فاكله ذكر النسفي لا يحنث وان رويت عينه ولم يجعل فيه ماء وفي
مجموع النوازل اذا كانت تزيد عينه ويوجد طعمه يحنث ولو حلف لا ياكل زعفرانا فاكل كما على وجهه
زعفران يحنث ولو حلف لا ياكل هذا السمن فجعله خبيصا فاكله يحنث الا اذا وجد طعمه ولم تر عينه فلا يحنث
وكذا في هذا التمر فجعله عصيدة فاكلها لا يحنث وفي اكل السكر لا يحنث بصبر ما يه لا ياكل مما يشتريه
فلان فاكل من لحم شاة اشتراها فلان لا يحنث وعلى ان ليس في بيته مرقه وهي في بيته قليلا لا يعلم
اذا علم بها او كثيرة فاسدة لا يحنث ولا ياكل من هذا القدر وقد عرف منه شيء قبل اليمين لا يحنث باكله
كما لو سحنت المحلوف على طعامها ما لمحه غيرها وفي التجريد قيل اسم الطبخ يقع بوضع القدر الا بايقاد النار
وقيل لو اوقد غيرها فوضعت هي القدر لا يحنث انتهى وفي عرفنا ليس واضع القدر طابخا طعاما ومجرد
الايقاد كذلك ومثله ليس بي الطباخ عينه والطباخ هو المركب بوضع التوابل وان لم يوقد في
المنتقى عن محمد حلف على ما لا يوكل ان لا ياكله فاشتري به ما يوكل فاكله حنث ولو حلف على ما يوكل
فاشتري به ما يوكل فاكله لا يحنث فعقد اليمين في الاول على بدله حلف لا ياكل مما يملكه فلان
فاكل منه بعد حز وجه عن ملكه لا يحنث وكذا اما اشتراه اذا باعه فاكله وكذا من ميراثه اذا افرزه
الوارث عن ملكه ويحنث قبله بخلاف ما زرع فلان يحنث به عند الزارع ومن اشترى منه لان الزرع
لا ينفسخ البتة اما لو اشتري شخص ذلك الزرع فبذره واكل منه لا يحنث ومثله من طعام
يصنعه فلان فصنعه وباعه فاكل يحنث وكذا من كسب فلان فاكتسب ومات فورث عنه
فاكله حنث ولو انتقل ميراثا او هبة او وصية ونحوها لم يحنث ولا يشتري ثوبا مسه فلان فسه
فباعه منه حنث حلف لا ياكل حراما فاشترى بدرهم غصب طعاما فاكله لا يحنث لما عرفنا ان الثمن
انما يتبت في الذمة فيصير عليه اثم الدرهم اما لو اكل خبزا غصبه حنث ولو اشترى بذلك الخبز
كما يحنث يعني اذا اكل اللحم ولو اكل لحم كلب او قرد لا يحنث عند اسد بن عمرو وقال بشر ناخذ
وقال الحسن كله حرام قال الفقيه ابو الليث ما كان فيه اختلاف العلماء لا يكون حراما مطلقا
وهو حسن ولو اضطر لاكل الحرام او الميتة اختلفوا والمختار يحنث وعن محمد رواية شاذة ولو كان
المغصوب برا فطحنه ان اعطى مثله قبل ان ياكله لم يحنث وان اكل قبل ذلك حنث لانا لحرمة ثابتة
ما لم يود الضمان وفي الاجناس المغتنم او المكرم اذا فعلا شيا حراما فهو ليس بحلال لهما ولو اكل
من المكرم الذي رفعه معاملة لا يحنث اما عندهما فلا يشكل وعنده كذلك لانه عقد فاسد فانما اكل
ملك نفسه **قوله** ومن حلف لا ياكل هذه الحنطة يعني ولا نية له لم يحنث حتى يقضمها غير نية
ولو قضمها نية لم يحنث وكذا اكل من خبزها او دقيقها او سويقها وهو قول الشافعي وقالا انا لا نسلم
خبزها حنث ايضا لان الاكل من خبزها مفهوم منه عرفا وابي حنيفة ان له حقيقة مستعملة لفظ اكل الحنطة
حقيقة ايضا بمعناه الحقيقي وهو ان ياكل عين الحنطة فانه معنى ثابت فان الناس يفلون الحنطة
ويا كلونها وهي التي تسمى عرف بلادنا بالبليلة وتتلى ابي توضيح جافة في القدر ثم تؤكل قضما وليس المراد
حقيقة القضم بخصوصها وهو الاكل باطراف الاسنان بل ان ياكل عينها باطراف الاسنان او بسطوحها
فاذا ثبت للفظ حقيقة تستعمل فهو الولي عند ابي حنيفة من المجاز المتعارف وهو ان يراد باكل
الحنطة اكل خبزها وصار كما اذا حلف لا ياكل من هذه البرة اكل فاكل لبنها او سمنها او زبدها او من
هذه البيضة فاكل من فرخها لا يحنث لانعقاد اليمين على عينها اذا كان ما كولا وهما يعكسان هذا الاصل
ويريان المجاز المتعارف اولى ورجح قولهما بان المتكلم انما يريد العرف فاذا لم يكن له نية انصرف
اليه بخلاف مسئلة البرة والبيضة فانه ليس للفظ مجاز اشتهر لترجمه على الحقيقة والذي يغلب
ان المتعارف والاكثرية لوجود المعنى وهو نفس فعل اكل خبز الحنطة لا استعمال لفظ اكلت

اليوم للحنطة اولا اكل حنطة فيه بل لفظ اكل حنطة يحتمل ان يراد به اكل عينها كما يراد ما خبز من دقيقها
فيترجح قول ابي حنيفة لترجح الحقيقة عند مساواة المجاز لا يقال الكثرة المعنى توجب الكثرة اللفظ
الذي يدل به عليه لانا نقول لا يلزم ذلك الا اذا لم يكن الا لفظ واحد يدل به وليس هنا كذلك لانه يقال
اكلت خبز الحنطة ويقال اكلت الحنطة بل الان لا يتعارف في اكل الخبز منها الا لفظ اخر وهو اكلت الخبز
اللهم الا ان ينوي اكل الخبز فيحنث به لا بالقضم او القضم فلا يحنث باكل الخبز اتفاقا بقضم بكسر العين في
الماضي وفتحها في المستقبل وقوله هو الصحيح احترازا عن رواية الاصل انه لا يحنث عندهما اذا قضمها
وصححها في الذخيرة ورجح بتمسك الائمة وقاضي خان رواية الجامع انه يحنث قال المصنف واليه الاشارة بقوله
في الخبز يحنث ايضا فانه يفيد انه يحنث بالقضم لا يلزم استعمال اللفظ حقيقة ومجازا بل يكون من عموم
المجاز كمن حلف لا يضع قدمه في دار فلان يحنث بالدخول رضا لجعله مجازا في الدخول ولو اكل سمنا
سويقا حنث عند محمد خلافا لابي يوسف فيحتاج ابو يوسف الى الفرق بين الخبز والسويق والفرق ان الحنطة
اذا ذكرت مقرونة بالاكل يراد بها الخبز دون السويق ومحمد اعتبر عموم المجاز وهذا الخلاف اذا حلف
على حنطة معينة اما لو حلف لا يأكل حنطة ينبغي ان يكون جوابه كجواب ما ذكره شيخ الاسلام والمختار انه
كالحكم والدليل المذكور المتفق على ايراده في جميع الكتب يعم المعينة والمنكرة وهو ان عينها ما كول
ولو حلف لا ياكل من هذا الدقيق فاكل من خبزه حنث لان عينه غير ما كول فانصرف اليمين الى ما يتخذ منه
فيحنث بعصيدته وفي النوازل لو اتخذ منه خبيصا طاف ان يحنث ولو استف عينه لا يحنث لتعين
المجاز وهو ما اتخذ منه مرادا في العرف فلا يحنث بغيره الا ان ينويه واذا نواه لا يحنث باكل الخبز وقوله
هو الصحيح احترازا عن قول من قال يحنث لانه حقيقي كلامه قلنا نعم ولكن حقيقته مهجورة ولما تعين ارادة
المجاز سقط اعتبار الحقيقة كمن قال لاجنبية ان لمستك فعبدي حر فزنى به لا يحنث لانصراف عينه
الى العقد فلم يتناول الوطء الا ان ينويه **قوله** ولو حلف لا ياكل خبزا فيمينه على ما يعتاده اهل مصر
خبزا وذلك خبز الحنطة والشعير لانه المعتاد في غالب البلدان ولو كان اهل بلد لا يعتادون اكل
الشعير لا يحنث به ولو اعتادوا خبز الذرة كالحجازيين يحنث باكله ولا يحنث باكل الفطائر وينبغي
ان يحنث باكل الكماج لانه خبز وزيادة فالاختصاص باسم للزيادة لا للنقص ولا يحنث بالتريد لانه لا يسمى
خبزا مطلقا وفي الخلاصة حلف لا ياكل من هذا الخبز فاكله بعد ما تفتت لا يحنث لانه لا يسمى خبزا ولا
يحنث بالعصيدة والططماج ولا يحنث لو دقه فشربه وعن ابي حنيفة رحمه الله في حيلة اكله ان يدقه
فيلقيه في عصيدة ويطبخ حتى يصير الخبز هباء لكن في خبز الارز الا ان يكون هذا الحالف في بلدة
يعتادونه كما في طبرستان والنسبة اليها طبري وهي اسم اصل واعمالها قال السمعاني سمعت الفاضي
ابا بكر الانصاري ببغداد يقول انا في تبرستان كان اهلها كانوا يحاربون بالفارسية فعرب
فقيل طبرستان وقال الثعلبي طبرستان معناه بالفارسية اخذ الفاس سميت اليمي والراء بالفاس الطبر
وهو معرب تبر وهذا الاسناد بتليل تامل قال السمعاني العبد الضعيف اعزه الله تعالى وابقاه
للمسلمين وقد سبق لو ان بدويا اعتاد اكل خبز الشعير فدخل بلدة المعتادون فيها اكل خبز الحنطة
واستمروا على اكل الشعير فحلف لا ياكل خبزا فعلى ما يتعقد عليه عرف نفسه فيحنث بالشعير
لانهم يتعقد عليه عرف الناس الا اذا كان الحالف يتعاطاه فهو منهم فيه فيصرف كلامه اليه لذلك وهذا مستف
فيمن لم يوافقهم بل هو مجانب لهم **قوله** ولو حلف لا ياكل شواء فهو على اللحم فقط دون الباذنجان
والجزر والمشويين لانه يراد به في العرف ذلك عند الاطلاق الا ان ينوي غير ذلك مما يشوي
من بيض او غير ذلك كالقول الاخضر الذي يسمى في عرفنا شوى العرب وقولنا في ذلك قول احمد
قوله ولو حلف لا ياكل الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم يعني بالماء حتى اذا ما يتخذ قلية من اللحم لا يسمى
طبيخا فلا يحنث به وهذا استحسان بالعرف لان التعميم متعذر لان اللوامي ما يطبخ وكذا الغوث

الذي

الذي يسمى في عرف القول الحار لا يقال لا كله اكل طبيخا فينصرف الى خاص هو اخص الخصوص وهو
اللحم المطبوخ بمرق وهو متعارف الا ان ينوي غيره من الباذنجان مما يطبخ فيحنث به وهذا يقتضي
الا يحنث بالارز المطبوخ باللحم وفي الخلاصة يحنث بالارز اذا طبخ بودك فانه يسمى طبيخا خلافا لما لو
طبخ بزيت او سمن قال ابن سماعة الطبيخ يقع على اللحم ايضا ولا شك ان اللحم بالماء طبيخا وانا الكلام
في انه هو المتعارف الظاهر انه لا يختص به ولو اكل من مرق اللحم حنث قال المصنف لما فيه من اجزاء
اللحم وهذا يقتضي ان من حلف لا ياكل لحما فاكل المرق الذي طبخ فيه اللحم حنث وقد مناس المنقول
خلافه والوجه ما ذكره ثانيا من قوله لانه يسمى طبيخا يعني في العرف بخلاف مرق اللحم فانه لا يسمى لحما
في العرف **قوله** ومن حلف لا ياكل الرؤس فيمينه على ما يكبس في التنانير في تلك البلدة ويباع فيها
من رؤس الابل والبقر والغنم وفي الجامع الصغير لو حلف لا ياكل راسا فهو على رؤس البقر والغنم عند ابي حنيفة
رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله على الغنم خاصة وهذا اختلاف عصر فكان العرف في زمنه
هذا ثم صار في البقر والغنم فرجع ابو حنيفة عن انفراده في حق رؤس الابل وفي زماننا في الغنم خاصة
فوجب على المفتي ان يفتي بما هو المعتاد في كل مصر وقع فيه حلفا بما لف كما هو في مختصر القدوري
رحمه الله واورد ان العادة كما هي في الرؤس مقتصرة على رؤس الغنم او البقر معها كذلك في اللحم مقتصرة
على لحم ما يحل اذا لم تجر العادة ببيع لحم الادمي والخنزير واكله مع ان اليمين انعقدت باعتبارها
فحنث باكل لحمها اذا حلف لا ياكل لحما اجيب بان الاصل في جنس هذه المسايل انه يجب العمل بالحقيقة
يعني اللغوية فان لم يكن وجب اعتبار المتعارف حينئذ واللحم يعم فيه اكل كل ما يسمى لحما فانعقد باعتبار
حلافا لرؤس لا يمكن اكل حقيقة اذ هي مجموع العظم مع اللحم فيصير الى المتعارف وينقض بالشواء فانه يمكن في الرؤس
على العموم ومع ذلك لم ينعقد يمين الشواء على العموم فما اجيب بالمنع بان الرؤس ما لا يمكن بيعه كرؤس الادمي
وبهذا خرج الجواب عما اورد على مسئلة الحالف لا يركب دابة انه لا يحنث اذا ركب كما قرأوه وانه حقيقة
فالعمل بالحقيقة ومع ذلك لم يجز على عمومه فان امكن العمل بحقيقة عمومه متنف اذ من الدواب النمل
وما هو اصغر منها ولا يمكن ركوبه فيصير الى المتعارف وهذا يهدم ما تقدم من ان المتكلم انما يتكلم بالعرف
الذي به التخاطب فوجب عند عدم بنيته ان يحكم بان المراد ما على العرف وتقدم تصحيح العتابي وغيره
في لحم الخنزير والادمي عدم الحنث وليس الا بناء على هذا الاصل ولو كان هذا الاصل المذكور مستمرا اليه
لما تجاسر احد على خلافه في النذوع **قوله** ومن حلف لا ياكل فاكهة فاكل عنبا او رمانا او رطبا او قثاء
او خيارا لم يحنث وان اكل تفاحا او بطيخا او مشمشا حنث وكذا يحنث بالخوخ والسفرجل والاجاص
والكمثرى وهذا التفصيل عند ابي حنيفة قال ابو يوسف ومحمد يحنث في العنب والرطب والرمان ايضا
والاصل المتفق عليه ان الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل الطعام وبعد اي يتنعم به زيادة على المعتاد
من الغذاء الاصلي ولهذا يقال للنار فاكهة الشتاء والمراح فاكهة والرطب والبطيخ ليس فيه اي في معنى
التفكه سواء قصد ان يكون التفكه به معتادا في الحالين فان خفت العادة التفكه باحد الحالين
دون الاخرى كالبطيخ فانما خفت التفكه به في حال ارطابه ورخاصه لم يحنث باكله يابسا
وهذا المعنى اي معنى التفكه بان يوكل زيادة على الغذاء موجود في التفاح والبطيخ والمشمش فيحنث
بها اتفاقا وغير موجود في القثاء والخيار لانها من البقول بيعا فحتى توضع على المايدة كما يوضع البقل ونحوه
فلا يحنث بها اتفاقا واما العنب والرطب والرمان وهي محل الخلاف فوجه قولهما ان معنى التفكه موجود
فيها بل هي اعز الفواكه والتنعم بها ينوق التنعم بغيرها من الفواكه فيحنث بها وابو حنيفة يقول هي مما
يتغذى بها منفردة حتى يستغنى بها في الحملة في قيام البدن ومقرونة مع الخبز وتيدا وفي بعضها قالها
في بعض عوارض البدن ولم ينكر انها يتفكه بها ولكن لما كانت قد تستعمل اصالة لحاجة البقاء قصر معنى التفكه فلا يحنث
باحدها الا ان ينويه فيحنث بالاتفاق ولهذا كان اي بسر مما من النوابل كحب الرمان ومن الاقوات وهو التمر

والزبيب والمشايخ قالوا هذا اختلاف زمان فحيث زمانه لايد وحيث زماننا العوا كله فافتى على حسب ذلك وفي زمانهما عدت منها فاقتنيا به فان قيل الاستدلال المذكور لابي حنيفه مخالف هنا الجمع فان مبنى هذا على العرف والاستدلال المذكور صريح في ان مبناه اللغة حيث قال الفاكهة ما يتفكه به ولاشك ان ذلك لغة والتفكه بالشيء ما يتنعم به زيادة على المحتاج اليه اصالة وهذا معنى اللغة واستعمال العنب واحويه ليس كذلك واجيب باختر امكن الجواب بجواز كون العرف وافق اللغة في زمنه ثم خالفها في زماننا فان قيل وفيه دليل على عدم ماذكرتم فانه اذا تعذر اللغة الاان لايمكن فيعتبر العرف فان هذا يدل على عدم اعتبارهما ذلك فالجواب انه غير لازم لجواز ان يمنع كون الاستدلال به احيانا بالنسبة الى بعض الناس يوجب نقض كونه مما يتفكه به **قوله** ومن حلف لا يأدم فكل شيء اصطبغ به فهو ادام كالخل والزيت والعسل واللبن والزبد والسمن والمرق والملح لانه يوصل الى الذوق في الفم ويحصل به صبغ الخبز واصطبغ مبني للمفعول وهو افتعال من الصبغ والصاد ثالثية وهو صبغ متعد بالى واحد جاء الافتعال منه تارة فلا يقال اصطبغ الخبز لانه لايصل الى المفعول به بنفسه حتى يقام مقام الفاعل اذ بنى الفعل له فانما يقام غيره من الجار والمجرور ونحوه فلذا يقال اصطبغ به ولايقال اصطبغ الخبز وما لم يصطبغ الخبز مما له جرم كجرم الخبز وهو بحيث يوكل وحده ليس بادام كالبيض والتمر والزبيب وهذا التفصيل عند ابي حنيفه وابي يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد رحمه الله ما يوكل مع الخبز غالبا فهو ادام وهو رواية عن ابي يوسف وقول ثالث مبني واحد والحاصل ان ما يصبغ به كالخل وما ذكرنا ادام بالاجماع وما يوكل وحده غالبا كالطبيخ واللحم والتمر والزبيب وامثالها ليس ادما بالاجماع اي بالاتفاق على ما هو الصحيح في البطيخ والعنب كما ذكره المصنف خلافا لما قيل انها على الخلاف وممن صحح الاتفاق شمس الائمة وفي المحيط قال محمد التمر والجوز ليسا بادام وكذا العنب والبطيخ والبصل وكذا سائر الفواكه ولو كان في بلد يوكلان تبعا للخبز يكون ادما اما البقول فليس بادام بالاتفاق لان اكلها لا يسمى مؤتدا الا اذا قد يقال في اهل الحجاز بالنسبة الى الكلم الكراث وعند الشافعي البقول والبصل وسائر الرياحين ادام وفي التمر عن وجهان في وجه ادام لما روي انه صلى الله عليه وسلم وضع تمرة على كسرة وقال هذه ادام هذه رواه ابو داود وفي آخر ليس ادما لانه فاكهة كالزبيب واختلفوا في الجبن والبيض واللحم فجعلها محمد ادما لانها لا توكل وحدها غالبا فكانت تبعا للخبز وموافقة له والمراد منه الموافقة ومنه قوله صلى الله عليه وسلم للغيرة حين خطب امرأة لو نظرت اليها فانه احرى ان يودم بينكما اي يوفق فما يوكل غالبا تبعا للخبز موافقا له ادام والجبن واخواه كذلك ويؤيده ما روي عنه صلى الله عليه وسلم سيد الادام في الدنيا والاخرة اللحم وقال سيد ادامكم اللحم رواه ابن ماجة وقيل ان ملك الروم كتب الى معاوية ان ابعث الي بعشر ادام على يد شعور رجل فيجيء اليه جيء على يد رجل ليسكر في بيت اصحابه وهو من اهل اللسان ويقول محمد اخذ الفقيه ابو الليث ولما ان الادام ما يوكل تبعا فما يوكل وحده ولو احيانا ليس ادما وهذا لانه من الموادمة وهي الموافقة وذلك بان يصير مع الجبن شيء واحد وهو بان يقوم به قيام الصبغ بالثوب وهو ان ينغمس جسمه اذ حقيقة القيام غير مرادة لان الخل ونحوه ليس بعوض يقوم بالجوهر والاجرام المذكورة من البيض وما معه ليس كذلك فليس بادام ويرد عليه انه اعتبر في مسمى الادام ما يحيث يوكل تبعا للخبز موافقا لما سلمناه ولا يستلزم شيء مما ذكر لانه كذلك وان اعتبر فيه كونه لا يوكل الا تبعا معونا ه نعم ما لا يوكل الا تبعا موافقا لكل شيء يسمى ادام لان الادام لا يخص اسمه الاكل منه واستدل لابي حنيفه وابي يوسف ايضا بانه يرفع به الغم وصح بعد الخبز او قبله فلا يتحقق التبعية خلاف المصطبغ به واجيب عن الحديث بان كونه سيد الادام لا يستلزم كونه ادما اذ يقال في الخليفة سيد العجم وليس هو منه واما حكاية معاوية فيتوقف الاستدلال بها على صحتها وهي بعيدة منها اذ بعيد ان يرسل امام عالم ان يتكلف ارسال شخص الى بلاد الروم ملتزما لمؤنته بغرض مهمل لكافر واهكن في بيت الصهر فقط لا يوجب ان يكون المسائل التي اشتر جلا فاثا والمطلان تلوح على من التقضية ووضع

الاستدلال لهما بان المعتبر التبعية في الاكل والاكل هو فعل الفم والحلق وهما مختلطان فيه وتحصل التبعية حينئذ ويدفع بان التبعية في الفم بعد رفع كل على حدته تحكم اذ هما فيه اذن جسمان متخالفان لا يكون احدهما تابعا للاخر بخلاف ما رفع صبغ الخبز فان المقصود به ضد الكرع بالخبز لان الصبغ واما الجسمان المتخالفان فكل يصلح لرفع الجوع غير منتظر الى الاخر في رفعه قال الكمتر ناشي وهذا اختلاف بينهم على عكس اختلافهم فيمن حلف لا يأكل الا رغيفا فاكل سمكا البيض ونحوه لم يحنث عندهما وحنث عند محمد **قوله** واذا حلف لا يتغدى فالغداء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر والعشاء بفتح العين والمد من صلاة الظهر الى نصف الليل وهذا تساهل بحسب المعنى لا يعترض به فان الغداء والعشاء اسما لما يوكل في الوقتين لا للاكل فيهما فالوجه ان يقال فالتغدي الاكل من طلوع الفجر والتعشي الاكل من الظهر الى آخره لان ما بعد الظهر يسمى عشا بكسر العين ولهذا سمي الظهر اصدى صلاة العشي في الحديث اذ في الصحيحين من رواية ابي هريرة صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم احدى صلاتي العشي وشرت بانها الظهر في بعض الروايات هذا وتفسير التغدي بالاكل من الفجر الى آخره مذكور في التجريد وفي الخلاصة ووقت التغدي من طلوع الشمس الى الزوال ويشبه كونه نقلا عن الغاوي الصغري وفيها المتسحر بعد ذهاب ثلثي الليل ويوافقه ما عن محمد فيمن حلف لا يكلمه الى السحر قال اذا دخل ثلث الليل الاخير فكلمه لم يحنث وقال الاسبيجابي في شرح الطحاوي وقت الغداء من طلوع الشمس الى وقت الزوال ووقت العشاء من بعد الزوال الى ان يمضي اكثر الليل ووقت السحور ومن مضي اكثر الليل الى طلوع الفجر ثم قال هذا الذي عرفهم والما في عرفنا وقت العشاء من بعد صلاة العصر انتهى فعرفهم كان موافقا للغة لان الغدوة اسم لاول النهار وما قبل الزوال اوله والاكل فيه تغدى وقد اطلق على السحور غداء في قوله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن سلمة هلم الى الغداء المبارك وليس الامر كذلك بالنسبة الى عرفنا وكذا السحور لما كان لا يوكل في السحور والسحر من الثلث الاخير سمي ما يوكل في النصف الثاني القريب من الثلث الاخير سحورا بفتح السين والاكل فيه التسحر والنضحي الاكل في وقت الضحى وليس الضحا ايضا بفتح الضاد والمد ووقت الضحى من حين تحل الصلاة الى ان تزول واصل هذا من مقابل القضاء قال السرخسي فيمن حلف ليقضين فلانا حقه ضحوة فوقت الضحوة من حين تبيض الشمس الى ان تزول وان قال عند طلوع الشمس او حتى تطلع فله من حين تطلع الى ان تبيض وان صاحب الشرع نهى عن الصلاة عند طلوع الشمس والنهي يمتد الى ان تبيض والمس ان احدهما ما بعد الزوال والاخر بعد غروب الشمس فايهما نوى صحت يمينه وعلى هذا لو حلف بعد الزوال لا يفعل كذا حتى يمسي وما نوى فهو على غيبوبة الشمس لانه لا يمكن حمل اليمين على المس الاول فيحمل على المس الثاني وهو ما بعد الغروب وذكر الولوالجي والضحوة بعد طلوع الشمس الى الساعة التي تحل فيها الصلاة الى نصف النهار والتضحي ما بين طلوع الشمس وبين ارتفاع الضحوة يعني الكبرى لانه من الاضحاء وهذا يعرف بتسمية اهل اللغة ولو حلف لتاتينه غدوة فهذا بعد طلوع الفجر الى نصف النهار **قوله** ثم الغداء والعشاء مما يقصد به الشبع عادة وكذا التسحر فلو اكل لقمة او لقمتين او اكثر ما لم يبلغ نصف الشبع لا يحنث بخلاف ما لو غديت وعشيت وتسحرت ويرد انه صلى الله عليه وسلم قال في رواية الترمذي تعشوا ولو بكف من حشف فان ترك العشاء مهرمة ومعلوم ان كفا من حشف لا يبلغ في العادة نصف الشبع اجيب بان العرف الطاري يفيد انه مع الشبع للقطع بقولهم ما تغديت اليوم او ما تعشيت الا رابحة وان كان اكل لقمة او لقمتين ولذا يعتبر في الغداء والعشاء في حق اهل كل بلد ما يعتادونه مما كولهم فلو كان عادتهم اكل الخبز في الغداء واللحم او اللبن ينصرف اليه حتى ان للحضري اذا حلف على ترك الغداء فشرب اللبن لم يحنث والبدوي يحنث لانه غداء اهل البادية ولو اكل غير الخبز من ارز او تمر او غيرها حتى شبع مما هو غير معتاد فالغدي به لم يحنث ايضا **قوله** ومن قال ان لبست لاكلت او اشربت فعبدي حر وقال نويت شيئا دون شيء من الملبوس

او المأكول او المشروب لم تصح نيته فيما بينه وبين الله تعالى فاي شيء اكل او لبس او شرب
حنث وعند الشافعي تصح نيته ديانة وهو رواية عن ابي يوسف واضارها الخصاف فان البينة انما تصح
في الملفوظ لتعيين بعض محتملاته والثوب في ان لبست والمأكول والمشروب في ان اكلت فلا تضاف
اليه محلا فلغت فان قيل اذا لم يكن مذكورا تنصيصا وشربت مذكورا تنصيصا فهو مذكور تقديرا
وهو كالمذكور تنصيصا اجاب بان تقدير الضرورة اقتضى الاكل ماكولا وكذا اللبس في الثوب والمقتضى
كالعموم له عندنا فان ثبوته ضروري فيتقدر بقدرها والضرورة في تصحيح الكلام وتصحيحه لا يتوقف
الا على ماكول لاعلى ماكول هو كذا فلا تصح ارادته فبني الاختلاف في هذه الفروع بيننا وبين الشافعي
الاختلاف في ان المقتضى لا عموم له او له عموم على ما ذكروا واما لو قال ان لبست ثوبا او اكلت طعاما او
شربت شرابا وقال عنيت شيأ دون شيء فانه يدين فيما بينه وبين الله تعالى في القضاء انه ذكر اللفظ العام
القابل للتخصيص فصحت نيته وهذا لانه مذكور في سياق الشرط فتقع لما لها لان كونها في سياق النفي بسبب
ان الشرط المثبت في اليمين من الحالف يكون على نفيه فكانه قال لا البس ثوبا الا اندد
خلاف الظاهر فلا يعتلم القاضي منه فان قيل معتبر تخصيصا للمصدر المدلول عليه بالفعل فانه مذكور بذكر الفعل
على ما عرف في الطلاق اجيب بان المصدر ايضا ضروري للفعل والضرورة مندفعة بلا تعميم وهذا لما قلت
ما تقدم في مسألة طلقي نفسك حيث جعل المصدر مذكورا بذكر الفعل فقبل العموم حتى صحت نية الثلاث
بالحق على هذا انه عام وكما قلتم في قوله ان خرجت فعبدي حر ونوى السفر مثلا يصدق ديانة فلا يحنث بالخروج
لانه غير تخصيصا للفعل لخروج خلاف ما لو نوى الخروج الى مكان خاص كبغداد حيث لا يصح لان المكان غير مذكور
فكذا يراد تخصيص فعل الاكل وهذا قولكم فيما اذا حلف لا يساكن فلانا ونوى المساكنة في بيت واحد انه يصح
وهو تخصيص للمصدر المضمون للفعل قلنا ذلك المصدر وان عم لسبب انه في سياق النفي لان الفعل في سياقه
لكنه انما يقبل التخصيص لان عمومه ضروري تحقق الفعل في النفي فانه لا يتحقق في محله الخاص اعني بعد لفظه
لانه لا اكل الا يتحقق ذلك المصدر هناك وما ليس بثبوته ضروري امر ابيتت باعتبار غيره وما يثبت
ما هو زائد عليه ومعلوم ان ما ضروري ثبوت الفعل في النفي ثبوت المصدر العام وليس من ضرورة ثبوت
الفعل ثبوت التصرف بالتخصيص فلا يقبله بخلاف ان اكلت الا فان الاسم حينئذ مذكور صريحا فيقبل نية
التخصيص ولا يشكل الفرق لان الا المذكور ليس عين الفعل الصريح في الثبوت فقام المذكور
مقام الاسم وقبل التخصيص واما مسألة الخروج فقد انكرها القاضي الاربعة القاضي ابو الهيثم والقاضي
ابو حازم والقاضي السغدي وابو طاهر الدباس وحملوا ما روي عن محمد فيها على ما لو قال ان خرجت خروجا
وكانها سقطت من الكاتب ومن التزمها اجاب بان الخروج في نفسه متنوع الى السفر وغيره حتى اختلفت
احكامها فقبل ارادة احد نوعيه وبه اجيب عن مسألة المساكنة فانها متنوعة الى كاملة وهي المساكنة
في بيت واحد ومطلقة وهي ما تكون في دار فارادة المساكنة في بيت ارادة احد انواعها وهذا بخلاف ما اذا
حلف لا يغتسل او لا ينكح ثم قال عنيت من جنابة او امرأة دون امرأة لا يصدق قضاء ولا ديانة لان الاغتسال
غير متنوع لانه عبارة عن امرار الماء المتنوع في اسبابه وكذا لا يسكن دارا فلان وقال عنيت بالجر ولم
يسبق قبل ذلك كلام بان استأجرها منه او استعارها فاني لحلف بنوى السكنى بالاجارة او الاعارة لا يصح
حتى لو سكنها بغير اجر حنث بخلاف ما لو حلف لا يسكن دارا اشتراها فلان وهي اشتراها لنفسه فانه يصدق
لان احد نوعي الشراء الانه متنوع الى ما يوجب الملك للمشتري وما يوجبه لغيره فيصح نية احد النوعين بخلاف
السكنى نفسها لانها متنوع لا نها ليست الا المكثوبة في الدار على وجه القرار وانما تختلف بالصفة
ولا يصح تخصيص الصفة لانها لم تذكر بخلاف الجنس ولذا لو حلف لا يتزوج امرأة ونوى لا يصح لانه نوى
تخصيص الصفة ولو نوى جنسية او عربية صحت فيما بينه وبين الله تعالى لانه تخصيص في الجنس كما ان الاختلاف
بالنسبة الى الاباء اختلاف بالجنس وبالنسبة الى البلاد اختلاف بالصفة وكان الفرق في ذلك والله اعلم

ان

ان ذكر لفظ امرأة او رجل عين ذكر ولد له او الى ادام فكانه قال كل من لها اب من ولد ادام واراد بعض
الاباد ون بعض وليس الصفات مذكورة بعين ذكر ولد ادم وان كان لا يخلو الموجود عن صفة فتنوعها
مقتضى الوجود لا اللفظ والحق ان الافعال الخارجية لا تتصور ان تكون الا نوعا واحدا فالفرق بهذا
بين الغسل ونحوه وبين الخروج ونحوه مبني على الشرائع ان اتحاد الغسل بسبب انه ليس الا امرار الماء
كذلك الخروج ليس الا قطع المسافة غير انه يوصف بالطول والقصر في الزمان فلا تصير متنوعة
الى نوعين الا باختلاف الاحكام شرعا فان عند ذلك علمنا اعتبار الشرع اياها لذلك كما في الخروج المختلف
الاحكام في السفر وغيره والشر النفسه وغيره مختلف حكمه فيحكم بتعدد النوع في ذلك ولا يخفى ان المساكنة والمسكنة
ليس فيها اختلاف احكام الشرع لطائفة منها بالنسبة الى طائفة اخرى وكل في نفسه نوع لانا لكل قرار في
المكان ثم اعلم ان التحقيق ان المنصوص عليه الاكل والبس ليس من باب المقتضى لان المقتضى ما يتقدر لتصحيح المنطوق
وذلك بان يكون الكلام مما يحكم بكذبه على ظاهره مثل رفع الخطاء والنسيان او بعدم صحته شرعا مثل اعتق
عبدك عني وليس قول القائل لا اكل بحكم بكذب فاليه لمجرده ولا مقتضى حكما لا يصح شرعا فالمنصوص اعني
المأكول من ضرورات وجود فعل الاكل ومثله ليس من باب المقتضى والامكان كل كلام كذلك اذ لا بد ان يستدعي
معناه زمانا ومكانا فكان لا يفرق بين قولك الخطاء والنسيان مرفوعان وبين قام زيد وجلس عمرو
وانه هو من باب حذف المفعول اقتصارا او تشاسيا وطائفة من المشايخ وان فرقوا بين المقتضى والمحذوف
وجعلوا المحذوف بقبل العموم قلنا ان نقول عمومه لا يقبل التخصيص وقد صرح من المحققين جمع بان
من العمومات ما لا يقبل التخصيص مثل المعاني اذا قلنا بان العموم من عوارض المعاني كما هو من عوارض الالفاظ
وغير ذلك اذ هذا المحذوف ليس في حكم المنطوق لتناسبه وعدم الالتفات اليه اذ ليس العبرة الا الاخبار
بمجرد الفعل على ما عرف من ان الفعل المتعدي قد ينزل منزلة اللازم لما قلنا والاتفاق على عدم صحة التخصيص
في باقي المتعلقات من الزمان والمكان حتى لو نوى لا ياكل في مكان دون اخر او زمان لا يصح نيته بالاتفاق
ومن صور تخصيص الحال ان يقول ان اكلت هذا الرجل وهو قاعد ونوى في حال قيامه فنيته لغو بخلاف
ما لو قال ان اكلت هذا الرجل القائم فان نيته تعمل فيما بينه وبين الله تعالى للفرق بان المفعول
في حكم المذكور اذ يعقل الفعل الا بمفعوليته ممنوع بل نقطع بتعقل معنى المتعدي بدون اخطار
فانا نجزم بوجود ضرب مثلا بلا لفظ هذا ولكون ارادة نوع ليس تخصيصا من العام مما يقبل المتكلم
الخروج عن قصر عام على بعض متناولاته واقرب الامور اليك قوله لا تقتلوا النساء والصبيان
تخصيص لا قتلوا المشركين والنساء نوع مندرج تحت المشركين ومعنى تخصيص النوع ليس الا اخراج
جميع افراده كما مر فيه تخصيص السفر تخصيص كل ما يصدق عليه اسم السفر فيستمر الاشكال
في يمين المساكنة والخروج وقد انكرهن من ذكرنا او اجاب بما ذكر في الدخول جوابا عن ايراد قايل
لو صحت نية الشر النفسه فمن حيث انه بيان نوع ايبان تخصيص لا يجب ان يصدق في القضا
كما في الخروج وكما في قوله انت بائن قلنا نية الشر النفسه بيان نوع من وجه وتخصيص عام من وجه
في حق الحقوق لان الشر النفسه ولغيره سواء في حق الحقوق فمن هذا الوجه هو بيان واحد له عموم
فاذا نوى احدهما كان تخصيصا ولكن في حق الملك بيان نوع لانهما مختلفان في حق الملك فوقرنا على
الشبهين حظها فقلنا من حيث انه بيان نوع يصح هذا البيان فيما بينه وبين الله تعالى وان لم يكن الاسم
ملفوظا ومن حيث انه تخصيص لم يجز في القضا وهذا بخلاف قوله انت بائن يصح نية ايا انواع
البينونة شاء من عصمة النكاح وغيرها لان الاعم في الاثبات لا يعم استغراقا كما لا فرق في النفي لو قلت
رايت رجلا لا يصح اصناف الرجال استغراقا بخلاف ما رايت رجلا ومن حلف لا يشرب من دجلة
فشرب منها بانا ولم يحنث حتى يكرع منها كرعا اي يتناول بفيه من نفس النهر عند ابي حنيفة رضي الله
عنه يعني اذا لم تكن نية اما ان نوى بانا حنث به اجماعا وقالا اذا شرب منها كيف ما شرب بانا

او بين او كرعا حنث لا فرق بين ذلك وبين قوله من ماء دجلة حيث يحنث بالشرب من مائها باتفاق او كرعا في دجلة او نهر اخر باخذ من دجلة لان نسبة الماء اليها ثابتة في جميع هذه الصور وقولهما قول الشافعي واحمد رحمهما الله ووجه انه هو المتعارف المفهوم من قولنا شربت من دجلة وهو وان كان مجازا اما مجاز حذف اي من ماء دجلة او مجاز علاقته بان يعبر بدجلة عن مائها وهو اولى من مجاز الحذف لاكثريته بالنسبة اليه ولشهرة جريه مشهورين له بان علاقته المجاورة ثم هو اشهر من ان يراد به نفس الكرع فيصرف اليه فينعم الكرع وعزم كما لو حلف لا يضع قدمه في دار فلان يحنث بالدخول فيها وان كان بحذائها او استلقى وادخل قدميه فقط لا يحنث لان هذا ليس دخولا والمين انعقدت عليه وله ان المعنى الحقيقي للكلام الكرع وهو مستعمل للعرب واهل العرف لان كثيرا من الرعاء وغيرهم من اهل العرف يفعلونه وروي عنه صلى الله عليه وسلم انه اتي قوما فقال لهل عندكم ماء بات في شن والا كرعنا واذا كان المعنى الحقيقي مستعملا كانت الحقيقة مستعملة فينعقد عليها اليمين لان الحقيقة لما لم يهجر كانت اولى من المجاز ولهذا يحنث بالكرع اجماعا الا انهما يقولان حنث به باعتبار انه من افراد المجاز كما باعتبار ارادة الحقيقة بذلك فلا يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز لان اهدار هذا القسم واعمال ان الكرع حقيقة اللفظ لان من مبتدا الغاية فالمعنى ابتداء الشرب من نفس دجلة وذلك انما يكون بوضع الفم عليها نفسها فاذا وضع الفم عليه يدب لو كوز ونحوه فيه ماؤها لم يصدق حقيقة اللفظ وهو وضع فمه عليها نفسها واما ما في الهداية من انه للتبعيض فانما يصح توجيها لقولهما لان المعنى حينئذ اشرب بعض ماء دجلة اذ لو اريد حقيقة دجلة لم يكن للكلام معنى لان نفس دجلة وهو الارض المشقوقة نهرا ليس مما يشرب ولو اريد مجاز دجلة وهو ماؤها صحت للتبعيض ويصير المراد اشرب من ماء دجلة وهو نفس قولهما فيحنث بالكرع وعزم لان ماء دجلة وعلى هذا فيتجه قولهما بعد الوجه المشهور من تقديم المجاز المتعارف وهو ان الكلام عند عدم قرينة ارادة المعنى الاصلي انصرف الى المشهور منه وان جعلت من للبيان بان يقال وضع الفم على نفس دجلة لا يتعدى وهو الحقيقة على تقدير كونها للابتداء فلزم ان يراد بلفظ دجلة ماؤها وحينئذ يجاز ان يكون من للتبعيض فالمعنى لا يشرب بعض ما دجلة او للابتداء والمعنى لا يكون ابتداء الشرب من ماء دجلة فيحنث بشرب ما يكرعا وغيره واما الاستدلال له بقوله تعالى ان الله مبتليكم بنهر فمن شرب منه الى قوله الا من اغترف غرفة بيده من جهة انه يفيد ان ما باليد يخالف الشرب منه فغلط وهو بناء على انه استثناء منقطع والاتصال اولى اذ الكل ممكن بل المعنى عليه فان المراد انهم ابتلوا بترك الشرب من النهر بشرب كفاية وري فان حاصل المعنى من شرب منه مطلقا قليلا او كثيرا كافيا فليس منهي الا من شرب منه فلذا كنه تحقيقا بان اغترفها والذي انتظم عليه اصحابنا في الدرس في توجيه قول ابي حنيفة ان اسم الدجلة على قول الكل حقيقة في نفس النهر دون الماء وارادة وضع فمه على نفس اجزائه متعذر فالمراد ليس الا وضعه على الماء الكائن فيها وحينئذ يجاز كون الاسم حقيقة فيه مشتركا او مجازا فان فرض مشتركا فلا اشكال ان حقيقة اللفظ اعني مجموع التركيب لوضع الفم في مائها حال كونه في خصوص ذلك المحل وان فرض مجازا في هذا المعنى قوله للفظ حقيقة مستعملة لما لا يخفى ان التركيب حقيقة في وصل المعنى الحقيقي لاشرب بالمعنى المجازي لدجلة وهو الماء الكائن في النهر الخاص وحينئذ جاز كون من للتبعيض والمعنى لا اشرب بعض دجلة اي الماء الخاص في المكان الخاص فظهر امكان كونها للتبعيض مع صحة قوله للفظ اي التركيب حقيقة مستعملة هي الشرب من نفس الماء الكائن في المكان الخاص لم يترجح مجازه في المفرد اعني دجلة في مائها بقيد كونه من نفس النهر على مجازها وهو دجلة في مائها بهذا القيد حتى حنث بالشرب منه بانا ومن كفه باخذها صفيرا ان جاز اقرب الى الحقيقة اعني دجلة بعيني النهر ونظير المسئلتين ما لو حلف لا يشرب من هذا الكوز فصب الماء الذي فيه في كوز اخر فشرب منه لا يحنث بالاجماع ولو قال من ماء هذا الكوز فصب في كوز اخر فشرب حنث بالاجماع

وكذا

وكذا لو قال من هذا الجب او من ماء هذا الجب فنزل الى الجب اخر ولو قال من هذا البئر قال ابو اسهل الشرعي لو كان الجب او البئر ملان فيمينه على الكرع عند ابي حنيفة لامكان العمل بالحقيقة وعندهما على الاغتراف وينبغي ان يتوقف على ما سياتي من الاغتراف وان لم يكن ملان فيمينه على الاغتراف ولو تكلف في هذه الصورة وكرع من اسفل الجب والبئر اختلفوا والصحيح انه لا يحنث لعدم العرف بالكرع في هذه الحالة

فرع لو قال لا اشرب من الفرات فشرب من نهر اخذ منه لم يحنث اجماعا اما عندهما فلان يمينه على الكرع واما عندها فلانه مثل الفرات في امساك الماء فيقطع النسبة فيخرج عن عموم المجاز اما لو قال لا اشرب من فرات الفرات فشرب من نهر اخذ منه حنث لان يمينه على ماء منسوب الى الفرات والنسبة لا تنقطع بالانهار الصغار ولو قال لا اشرب ماء فرات لا يحنث بكل ماء عذب في اي موضع كان ولو حلف لا يشرب من ماء المطر فجرت الدجلة بالمطر فشرب لم يحنث ولو شرب من ماء وسال من المطر ولم يكن فيه ما قليل ذلك وهو من ماء المطر مستنقع حنث ولو حلف لا يشرب من هذا الماء فاخذه فاكله لا يحنث فاذا اذاب فشرب يحنث قال الفقيه ابو الليث هذا اذا حلف لا يجلس على البساط فجعل حرجا فجلس عليه لا يحنث فان قطعه فصار بساطا فجلس عليه حنث وفي فتاوى محمد ابن الوليد لا يحنث اذا شربه لانقطاع النسبة الاولى لانتسابه الى الجدد ولو كان في الحال يحنث لان النسبة لا تنقطع ولو حلف لا يشرب من وسط دجلة فوسطه ما لم يطلق عليه اسم الشط وذلك قدر ثلث النهر او ربعه والظاهر ان هذا انما يتاتى في النيل لان الشط ينتفي قبل الربع ايضا لسعته ومن حلف لا يشرب نبيذا فهو المسكر من العنب ولو مطبوخا لان الصالحين يسمونه بتاريب خمر ولو نوى المسكر حنث بكل مسكر ولو حلف لا يشرب شرابا حنث لشرب الماء والنبيذ وكذا بالمسا عندنا خلافا وقت لا لشرب الخل والسمن والزيت والعسل وقيل لا يحنث بالكل وهذا الظاهر لان العرف اسم الشراب لغير الماء ويحنث بشراب اللبن وقد وقيل لا يقع على المتخذ من الحبوب حلف لا يشرب بغير اذن فلان فاعطاه فلان ولم ياذن بلسانه ففي الخلاصة ينبغي ان يحنث وهذا دليل الرضى وليس باذن ولو حلف لا يشرب خمرا فمزجها بغير جنسها كالماء قسما وبخوه يعتبر بالغالب وان تعرف الغلبة باللون والطعم فيعتبر الغالب منهما كذا روي عن ابي يوسف في النوادر فيما اذا حلف لا يشرب لبنا فصب عليه الماء وشربه يحنث ان كان اللون لون اللبن ويوجد طعمه وان كان لون الماء لا يحنث وعن محمد يعتبر الغلبة من حيث الغلة والكثرة بالاجزاء وان كانا سواء حنث استحسانا واما اذا غلظ بجنسه بان حلف على البر بقوة فخلطه بلبن بقوة اخرى فعند ابي يوسف هو كالجنسين يعتبر الغالب وعند محمد يحنث لان الجنس عنده لا يغلب الجنس بل يتكثر بجنسه وهذا الخلاف فيما يمتزج بالمزج اما فيما لا يمتزج كالدهن يحنث بالاتفاق اذا سقط عينه على الدهن **قوله** ومن قال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامراته طالق وليس في الكوز ماء لم يحنث فان كان فيه ماء فاهراق قبل الليل لم يحنث وهذا عند ابي حنيفة ومحمد سواء علم وقت الحلف ان فيه ماء او لم يعلم وقال ابو يوسف رحمه الله حنث في ذلك كله اذا مضى اليوم وعلى هذا الخلاف اذا كان اليمين بالله تعالى واصله ان عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان نقود البر شرط لا لغو واليمين المطلقة عن الوقت وليقيد اليمين المقيدة بالوقت عندهما الى وقت وجوب البر وهو قول مالك وهو عندهما فعيه وعند ابي يوسف لا يشترط نقود البر في انعقاد اليمين المطلقة والمقيدة وهو وجه اخر لهما فيه وما ابتنى على الخلاف لو حلف ليقتلن زيدا اليوم فمات زيد قبل مضي اليوم لا يحنث عندهما ويحنث عند ابي يوسف لانها تبقى في اخر جزء من اليوم وكذا لو حلف ليقتلنه وهو ميت والحالف جاهل بموته لا يحنث عندهما خلافا له وان شرط جهله بموته عندهما لانه لو كان عالما بموته انعقدت ويحنث بالاتفاق لان اليمين انعقدت على ازالة حياة محدثها الله تعالى فيه بخلاف ما اذا لم يكن عالما لانه عقدها على حياته القائمة بظنه والواقع انتفاؤها لكن البر غير متصور الكون فانه وان امكن احداث الله تعالى الحافيه لكنه ما اخبر غير المحلوف عليه فان الحلف كان على الماء الكائن فيه حال الحلف وما فيه اذ ذاك فلذا لا ينعقد عندهما وكذا اذا حلف ليا كلن هذا الرغيف اليوم فاكل قبل

الليل او ليقضين فلانا دينه غدا وفلان مدمات ولا علم له ادمات احدهما قبل مضي الغد او قضاه قبله او ابراه فلان قبله لم ينعقد عندهما وانعقدت عند ابي يوسف وكذا لو قال لزيد ان رأيت عمرا فلم اعلمك فعبدي حر فرآه مع زيد فسكت ولم يقل شيئا او قال هو عمرو ولا يعلم عندهما لفوات الاعلام فلم يقع اليمين وعند ابي يوسف يقع لبقاء اليمين وفوات المحتود عليه وكذا اذا حلف لا يبطيه حتى يأذن فلانا فمات فلان ثم اعطاه لم يحنث خلافا له وكذا البيضونيه او ليكلمنه وجه قولهما ان اليمين انما تنعقد للبر حملا او منعا او اطهارا ومعنى الصدق فكان محلها خبرا يمكن فيه البر فاذا لم يكن فات محلها ولا انعقاد الا لمحل واذا لم ينعقد فلا حنث والى يوسف انه امكن اعتبارها منعقدة للبر على وجه يظهر في الحلف وهو الكفارة كما قلنا في الحلف على مس السما او لتخلين هذا الحجر ذهبا حيث تنعقد مع استحالته عادة ثم يحنث فالحال حالنا قلنا لا بد من تصور الاصل ليتعقد حق الحلف لانه فرع الاصل فينعقد او لا ثم ينتقل الى الحلف للحجز الظاهر ولذا لم تنعقد النفوس موجبة للكفارة حيث كان البر مستحيلا فيما ولو كانت اليمين مطلقة عن الوقت بان لم يذكر اليوم ففي الوجه الاول وهو ما اذا لم يبق في الكوز ما الا يحنث عندهما لعدم انعقادها لعدم تصور البر وعند ابي يوسف يحنث للحال الذي هو الوجه الثاني وهو ما اذا كان فيه ما فاهريق يحنث في قولهم جميعا فرق ابو يوسف بان هنا اربع صور صورتان في المقيدة باليوم او وقت اخر جمعة او شهر وهما ان يكون في الكوز ماء وقت الحلف وان لا يكون وصورتان في المطلقة عندهما ثنتان ايضا ففي المقيدة وهي ما لا ينعقد عندهما لعدم تصور البر فلا يتصور الحنث وينعقد عنده ويحنث للحال للعجز الدايم عن البر من وقت الحلف الى الموت وفي المقيدة مع وجود الماء تنعقد به اتفاقا فاذا اهريق قبل اخر الوقت سقطت عندهما لانعقادها ثم طرو العجز عن الفعل قبل اخر الوقت لفوات شرط بقايها وهو تصور البر حال البقاء اخر الوقت وعنده تاخر الحنث الى اخر جزء من الوقت فهنا لا يحنث وفي المطلقة وهي ما لا ينعقد عندهما وعنده تنعقد ويحنث للعجز الحال الذي لا يرجى زواله وفي المطلقة وفي ما تنعقد اتفاقا كان البر عندهما اذا اريق حنث اتفاقا اما عند ابي يوسف فبطريق اولى مما قبله واما عندهما فلان تصور البر ليس شرطا في المطلقة الا لانعقادها فقط وقد وجد حال الانعقاد لغرض وجود الحال فقد فرق ابو يوسف بين المقيدة فاوجب الحنث مطلقا اخر الوقت وبين المطلقة اذا كان الماء موجودا حال الحلف فاوجب حال الاراقة فاذا لم يكن موجودا فالحنث بعد فراغه من اليمين والفرق ان الثابت التوسعة على نفسه في الفعل فلا يتعين الفعل عليه الا في اخر جزء من الوقت وان كان الثابت اخيرا لا يرجى له غاية في اذا لم يكن ما وقت الحلف لان اللفظ ما اوجب انعقاد اليمين في حق الفعل مضيقا متعينا الا في اخر جزء منه فلا حنث قبله وكذا اذا كان فيه ما نصب لهذا بعينه بخلاف المطلقة واما ما فانه لا فايدة وان كانت اليمين المطلقة لا يقع الحنث فيها الا بموت الحالف او المحلوف عليه في مثل حلفه على ضربه او طلاقها فان ذلك اذا كان البر موجودا وارجا له هنا وفيما اذا كان الماء موجودا ثبت هذا البر الا عند الاراقة فيحنث اذ ذاك وهما ايضا يحنان في الفرق لانه لا حنث عندهما اذا ذكر الوقت فاهريق قبل اخره واذا لم يذكر فاهريق يحنث والفرق ان الوقت اذا ذكر كان البر واجبا عليه في اخر جزء الاخير وعنده المحلوف عليه فاتت فكانه حلف اذ ذاك ليبتدئن في الكوز اليوم وعلمت بهذا ان اشتراطهما بقاء الصور لبقاء اليمين الموقتة هو في المعنى اشتراط النصور لانعقاد اليمين بخلاف ما اذا لم يذكر الوقت واجب عليه في الحال فاذا فات المحلوف عليه حنث ولنا ان يقول وجب البر في المطلقة في الحال ان كان معنى قوله حتى يحنث في ثاني الحال فلا نسلم انه ليس كذلك وان كان معنى الوجوب الموسع الى الموت فيحنث في اخر جزء من الحياة فالموقتة كذلك لانه لا حنث الا في اخر جزء من الوقت الذي ذكر فلذلك الجزء منزلة اخر جزء من الحياة فلا يبقى ان يبطل اليمين عند اخر اجزاء الوقت في الموقتة ولم يبطل عند اخر جزء من الحياة في المطلقة ومن فوايد هذا الخلاف ما لو قال لرجل امرأته

ان لم

ان لم تهب لي صداقك اليوم فانت طالق وقال ابوها انوهبت له صداقك فانت طالق فحيلة عدم حنثها ان يشتري منه بمهرها ثوبا بالمغوفا ويقبضه فاذا مضى اليوم لم يحنث ابوها لانها لم تهب صداقها والزوج لانها عجزت عن القبة عند الغروب لان الصداق سقط عن الزوج بالبيع ثم اذا اراد عود الصداق رده بخيار الرؤية **قوله** ومن حلف ليصعدن السما او ليتلين هذا الحجر ذهبا انعقدت يمينه وحنث عقيبها يعني اذا حلف مطلقا كما هي في الكتاب اما اذا وقت اليمين فعال لاصعدن السما غدا لم يحنث حتى يمضي ذلك الوقت حتى لو مات قبله اتفاق عليه اذ لا حنث زفر لا ينعقد اصلا لانه مستحيل عادة كالمستحيل حقيقة كالكوز فلا ينعقد ولنا ان صعود السما ممكن ولذا صعدته الملايكة وبعض الانبيا ولذا تحويل الحجر ذهبا يتحول بخلقه صفة الجوهرية والياس صفة الذهبية بناء على ان الجواهر كالاجسام متساوية في قبول الصفات او باعدام الاجزا الحجرية وايدالها باجزا ذهبية فالتحويل في الاول ظاهر وهو ممكن عند المتكلمين على ما هو المحقق وكذا على الثاني فكان البر متصورا فتنعقد اليمين موجبة لخلفه وهو الكفارة للعجز الثابت عادة فلا يرجى زواله وصار كما اذا مات الحالف فانه يحنث في آخر جزء كما قلنا مع احتمال اعادة الحياة فيه فيثبت احتمال ان يفعل المحلوف عليه ولكن لم يعتبر ذلك لاحتمال لخلاف العادة فكذا هنا يحكم الحنث اجماعا لخلاف مسلم الكوز ان شرب الما الذي في الكوز وما فيه لا يمكن والتعلق البر به فكذا لم ينعقد فمحط الخلاف انما هو في المستحيل عادة بالاستحالة حقيقة ونحن نمنعه وكل ما وقع في هذه المسايل من لفظ منصوص فمعناه ممكن وليس معناه ان متعقلا منوها والله اعلم

باب اليمين في الكلام

لما فرغ من ذكر الافعال التي هي اهم من الكلام كالاكل والسكنى وتوابعها شرع في الكلام اذ لا بد من وقوعه لان الانسان لا بد له من ايصال ما في نفسه الى غيره لتحصيل مقاصده وبدا بالكلام الاعم من خصوصيات العتق والطلاق وغيرها لتقدم الاعم على الخصوصيات **قوله** ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو نايم حنث لانه قد كلمه ووصل اليه سمعه الا انه لم يفهم لنومه فصار كما اذا ناداه وهو يسمع لكنه لم يفهم لشغاله اي لغفلته فانه يحنث وهذا لان العلم يوصل الصوت الى صماخه غير انه قاصر بمنزلة ذلك فحكم به وهو كونه بحيث لو كان مصغيا سامعا ولهذا لو كان اصم حنث وفي بعض روايات المبسوط شرط ان يوقظه فانه قال في بعضها فناداه او ايقظه وفي بعضها فناداه وايقظه قال واختار مشايخنا لانه اذا لم ينتبه بكلامه صار كما اذا ناداه من بعيد هذا بحيث لا يسمع صوته فضلا عن ان يميز حروفه وفي ذلك يكون لاغيا مكابرا متعاديا وصار كما لو كان ميتا لان حنث بكلامه بخلاف الاصم لانه يصح ان يقال كلمه اذا كان بحنث لو لا الصم سمع لا يقال يصح في الميت كذلك لو لا الموت سمع لانا نقول يمينه لا تنعقد على الحي بان المتعارف هو الكلام سمعه وان الغرض من الحلف على ترك الكلام المهار المقاطعة وذلك يتحقق في الميت والبعيد الذي لا شعور له بنداية وكلامه لكن ما ذكر محمد في السير الكبير اذا نادى المسلم اهل الحرب بالامان من موضع يسمعون صوته الا انهم لا يسمعون لشغلهم بالحرب فهو امان قال السرخسي يبين ان الصحيح في مسلة الايمان الحنث وان لم يوقظه انتهى وقد فرق في هذه الرواية بان الامان يحتاط في اثباته وقد يحكم فيه بالخلاف فههنا يحنث لانه يجعل النايم كالمستيقظ وعندهما لا حنث والمراد ما ذهب اليه ما ذكر في باب التيمم ان المتيمم اذا سر وهو نايم على ما وله علم له به ينتقض تيممه وقد تقدم هناك ما فيه من الاستبعاد ولئن سلم فانه لو كان مستيقظا حقيقة وليس به حايله حقيرة ما لم يعلم بانتقاض تيممه فكيف بالنايم حتى حمله بعضهم على الناعس واضيف الى هذه مسايل تزيد على عشرين جعل فيها النايم كالمستيقظ في الدرية الحنث حتى يكلمه بكلام مستانف بعد اليمين منقطع عما قبله متصل فلو قال موصولا ان كلمتك فانت طالق فاذهبي او اخرجي او قومي او شتمها او برجها متصلا ان هذا من تمام الكلام الاول فلا يكون مرادا باليمين الا ان يريد به كلاما مستانفا وهو وجه لاصحابنا فيما رحمهم الله وقال الشافعي رحمه الله في الاظهر واحمد ومالك وفي المنتقى لو قال فاذهبي او اذهبي لا تطلق ولو قال اذهبي طلقت

ه منقطع من اليمين واما ما في نوادر بن سماعة عن محمد لا اكلك اليوم او عذا حنث لانه كلمه اليوم
بقوله او عذا لا شك في عدم صحته لانه كلام واحد فانه اذا اراد ان يحلف على احد الامرين لا يقال
الا كذلك وعلى هذا اذا قال لامرأته ان ابتدأتك بكلام فعبدي حر فالتقيا فسلم كل على الآخر معا لا يحنث
وانما لم يحنث لعدم تصور ان يكلمه بعد ذلك ابتداء ولو قال لا ان ابتدأتك بكلام وقالت هي له كذلك لا يحنث
اذا كلمها لانه لم يبتدئها ولا يحنث بعد ذلك لعدم تصور ابتدائها ولو حلف لا يكلمه فسلم على قوم هو فيهم حنث
الا ان لا يقصده فيصدق ديانة لا قضاء وعند مالك والشافعي رحمهما الله قضاء ايضا اما لو قال السلام عليكم
على واحد صدق قضاء عندنا ولو سلم من الصلاة فان كان اماما قبل ان كان المحلوف عليه عن يمينه لا يحنث وان كان
عن يساره لان الاول واقعة في الصلاة فلا يحنث به بخلاف الثانية وقيل لا يحنث بالاتفاق لانها في الصلاة من
وجه وكذا عن محمد لا يحنث فيهما وهو الصحيح والاصح ما في ان فيما ان ينوي يمينه وفي شرح القدوري
فيما اذا كان اماما يحنث اذا نواه وان كان متعمدا بفعل ذلك التفصيل عندهما وعند محمد لا يحنث مطلقا لان
سلام الامام يخرج المقتدي عن الصلاة عنده خلافا لهما وبه قال مالك ولو وقف عليه الباب فقال من حنث
وقال ابو الليث لو قال بالفارسية كيست لا يحنث ولو قال كي تو حنث وبه افتى وهو المختار ولو ناداه
المحلوف عليه فقال لبيك او لبي حنث ولو كله الحالف بكلام لم يفهمه المحلوف عليه ففيه اختلاف
الروايتين ولو اراد ان يامره بشيء فقال وقد سمع المحلوف عليه يا حايط اسمع لفعل كيت وكيت
فسمع المحلوف عليه وفهمه لا يحنث قالوا لو حلف لا يتكلم فنادى امرأته شيئا او قال ها حنث
ولو قال له كافر يريد الاسلام فبئس صفة الاسلام سمعها وابو جهل اليه لم يحنث وفي المحيط لو سبح الحالف للمحلوف
عليه للسهو او فتح عليه القراءة وهو متعمد يحنث وخارج الصلاة يحنث ولو كتب اليه كتابا او ارسل رسولا
يحنث لانه يسمى كلاما عرفا خلافا لمالك واحمد رحمهما الله واستدلا بما نقوله تعالى وما كان لبشر ان يكلمه
الله الا وحيا او من وراء حجاب او يرسل رسولا اجيب عنه بان مبنى الايمان على العرف واعلم ان الكلام لا يكون الا
باللسان فلا يكون بالاشارة والكتابة والاخبار والافتراء والبشارة يكون بالكتابة وبالاشارة والايمان
والاظهار والافشاء والاعلام يكون بالاشارة فان نوى في ذلك حلف اي في الاظهار والافشاء والاعلام والاخبار كونه
بالكلام والكتابة دون الاشارة دين فيما بينه وبين الله تعالى ولو حلف لا يحدثه لا يحنث الا ان يشافهه
وكذا لا يكلمه يقتصر على المشافهة ولو قال لا ابشره فكتب اليه حنث وفي قوله ان اخبرتني ان فلانا
قدم ونحن يحنث بالصدق والكذب ولو قال بقدومه فصل الصدق خاصة وكذا ان اعلمتني وكذا
البشارة ومثله ان كتبت الي ان فلانا قدم قبل قدومه فوصل اليه الكتاب حنث سواء وصل اليه قبل قدومه
او بعده بخلاف ان كتبت الي بقدومه لم يحنث حتى يكتب بقدومه الواقع وذكر هشام عن محمد
سألتها هارون الرشيد عمن حلف لا يكتب الى فلان فامر من يكتب اليه بامره او اشار له هل يحنث فقلت
نعم يا امير المؤمنين اذا كان مثلك قال الرضي وهذا صحيح لان السلطان لا يكتب بنفسه وانما يامر به وعلى
عادتهم الامر بالايماء والاشارة ولو حلف لا يعير اثوابا فلان فنظر فيه هل فيه لا يحنث عند ابي يوسف ويحنث
عند محمد لان المقصود الوقوف على ما فيه لا عين الثلاثة به ولو حلف لا يكلم فلانا وفلانا لم يحنث بكلام احدهما
الا ان ينوي كلاهما فيحنث بكلام احدهما وعليه الفتوى وان ذكر خلافه في بعض المواضع قوله ومن حلف
لا يكلمه الا باذنه فاذن له ولم يعلم حتى كلمه حنث لان الاذن مشتق من الاذان اي الاستماع الكبير او من الوقوع
في الاذن وكل ذلك لا يتحقق الا بالسماع قال المصنف وقال ابو يوسف لا يحنث وهذه رواية عنه كما ذكره
الاترازي في شرحه حيث قال ظاهر قوله لا يحنث وعن ابي يوسف يحنث ووجه هذه الرواية عنه ان الاذن
هو الاطلاق فاذا تم بالاذن كما رضي فانه لو حلف لا يكلمه الا برضي فلان فرضي ولم يعلم الحالف حتى كلمه
لا يحنث اجاب المصنف بان الرضي من عمل القلب ولا كذلك الاذن نعم هو يتضمن الرضي ظاهرا لكن معناه الاعلام
بالرضي فلا يتحقق بمجرد الرضي وما قد يوجد مقترنا به من انه ذكر في النخبة والغنية والصغرى اذا اذن المولى

لعبده والعبد لا يعلم يصح الاذن حتى اذا علم بصبر ما ذونا مع انه بدل على انتفاء مقصود المورد لا لانه
على عدم الاذن قبل العلم حيث قال حتى اذا علم صار ما ذونا فعرف انه ليس له قبل العلم حكم الاذن بدليل
عليه على الشامل بينهم اذن لعبده فلم يعلم به احد من الناس فتصرف العبد ثم علم باذنه لم يجز
تصرفه غايته ما فيه ان الاذن ثبت موقوفا على العلم فيسقط تكلف جوابه وقوله على ما مر يعني ما تقدم
انفا من قوله لان الاذن مشتق من الاذان الى اخره **قوله** وان حلف لا يكلمه شهرا فهو الى ابتدا
الشهر من حين حلف لانه دلالة حاله وهو غيظه الباعث على الحلف يوجب ترك الكلام من الان ونظم
اذا اجبن شهرا ان العقود تزاد لرفع الحاجة الغايمة في الحال ظاهرا فكانه ابتداؤه من وقت العقد
ولانه لو لم يعتبر من الحال فسد العقد لجهالة المدة لجهالة ابتدائها وكذا اجال الديون واما الاجل في
قوله كقولك لغيرك بنفسه الى شهر اختلف في انها للبيان ابتداء المدة او انتهائها فعن ابي يوسف انتهاء
المطالبة فلا يلزم باحضار قبل الشهر وعن محمد البداية فيلزم باحضار بعد الشهر والخلاف بينهما في اجال الديون فجعلها ابو يوسف للبيان ابتداء فلا يلزم
باحضار قبل الشهر وهو احسن لان الاجل في مثله للتنزيه بخلاف ما لو قال والله لا صومن شهرا فانه
تكرة في الاثبات فاي شيء يوجب شهرا شائعا يعينه الحالف والموجب لصرفه الى الحال واما قول المصنف
لو لم يذكر الشهر نابذ فكان ذكر الشهر لاخراج ما وراءه فبقي ما يلي يمينه داخلا عملا بدلالة حاله فظاهر
انه وجه واحد حيث لم يعطف قوله عملا بدلالة حاله بالواو ومن اشار حين من قرره من وجهين ان
دلالة الحال وحدها تستقل بصرف الابتداء الى ما يلي الحلف كما ذكرنا وما قبله وجه اخر وهو انه لو اطلق
نابذ لانه نكرة في النفي يعني مصدر ذلك الفعل فاذا اخرج ما وراء المدة بقي الشهر متصلا بالايجاب والمعنى
ان ذكر الشهر لدلالة له سوى على تقدير المدة الخاصة ثم الزايد عليه منتف بالاصل لابد له على النفي
ولو فرض له دلالة على نفي الزايد عليه لم يلزم كون ذلك الزايد هو ما يلي شهرا ابتداؤه من الحال فلذا
جعل المصنف قوله عملا بدلالة حاله هو المعين لابتدائها فكان وجها واحدا الا انك علمت من تقريرنا
ان لا حاجة الى ما قدمه من لزوم التابيد والاخراج واما ما فرع عليه استدلال الاخراج ما ذكره الشمني
من قوله ان تركت الصوم شهرا او كلامه شهرا نتا ول شهرا من حين حلف لانه ترك الصوم والكلام مطلقا
يتناول الابد فذكر الوقت لاخراج ما وراءه وكذا ان لم اسا كنه فالكل مشكل بل لو ترك الصوم شهرا
في عمر حنث وان لم يتركه متصلا بالحلف وهو تحميل اللفظ ما لم يوجبه نعم ان كان في مثله عرف يصرفه
الى الوصل بالحلف والا فلا **قوله** ولو حلف لا يكلم فقرأ القرآن في الصلاة لا يحنث وان قرأه
في غير الصلاة حنث وعلى هذا التسبيح والتهليل والتكبير اذا فعله في الصلاة لا يحنث وخارجها يحنث
وهذا جواب الاستحسان وفي القياس يحنث فيهما وهو قول الشافعي رحمه الله لانه اي القرآن والذكر
كلام حقيقة ولنا انه في الصلاة ليس بكلام عرفا لاشتغال العالم بالعمل على انه عليه وسلم ان الله تعالى يحدث من امره
ما يشاء وان مما احدث ان لا يتكلم في الصلاة متفق عليه واما الحديث الذي ذكره المصنف من قوله على الله عليه وسلم
ان صلاتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس فقيل عليه انه انما نفى عنها كلام الناس وهو يستلزم نفي الكلام مطلقا
وهذا التفصيل ظاهر جواب المذهب ولما كان مبنى الايمان على الاعرف وفي الحرف المتاخرة لا يسمى
التسبيح والقرآن ايضا وما صححه كلاما حتى انه يقال لمن سبح طول يومه او قرأ لم يكلم اليوم بكلمة اختاره
المشايخ انه لا يحنث ايضا بجميع ذلك خارج الصلاة واختير للفتوى من غير تفصيل بين عقد اليمين
بالعربية والفارسية وما ذكر في بعض المواضع من انه لو قال كلما تكلمت بكلام حسن فانت طالق
فقال سبحان الله والحمد لله ولا اله الا الله والله اكبر طلقت واحدة ولو قال لا عطف سبحان الله الحمد لله
لا اله الا الله الله اكبر طلقت ثلاثا لانه كلام منعدد لاستيناف كل بخلاف المعطوف لانه كلام واحد
قد يدفع بان الكلام في مطلق الكلام عرفا لا فيما قيد بقيد اصلا واما الشعر فانه يحنث به لانه كلام
منظوم وفي الحديث اصدق كلمة قالها الشاعر كلمة لبيد وعرف مما تقدم انه لا يحنث بالكتابة والاشارة

ونحوه **قوله** ولو قال يوم اكلم فلانا فامرأته طالق فهو على الليل والنهار فان كلمه ليلا او نهارا حنث ثم
قال المصنف في وجهه لانا سم اليوم اذا اقترن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن
يولهم يومئذ دبره الا فرق بين التولية ليلا او نهارا او الكلام لا يمتد قيل في وجهه لانه عرض لا يقبل
الامتداد لا يتجدد الامثال كالضرب والجلوس والسفر والركوب ونحو ذلك وذلك عند الموافقة
صورة ومعنى الكلام الثاني يفيد معنى غير معنى الاول فليس مثلا وما قبل الكلام منوع على اخبر واستخبار وامر
ونهي فلا يحمل على الكلام المطلق انه يمتد فقد يقال وان حمل عليه مطلقا انه غير ممتد اذ كل نوع منه على هذا
ممتد على ان اسم الكلام ليس الا لالفاظ معينة معنى فيه ما كان فتحققت المماثلة سواء كان المفاد من نوع الاول
او الثاني به يندفع السؤال وكذا قال الشيخ عبد العزيز الصحيح ان يقال الطلاق مما لا يمتد لان الكلام مما يمتد يقال
كلمته يوما وان اعتبار المظروف اولى من اعتبار المضاف اليه كما في قوله امرك بيدك يوم يقدم فلان وقد تقدم
تحقيق هذا الاصل في الطلاق واطلاق عبارتهم فيه وان الاولى الاعتبار بالعامل المعتبر واقعا فيه عند تحقق
معنى ما اضيف اليه الظرف وعدمه لجعل اليوم لمطلق الوقت وعدمه لانه هو المقصود الاصلي غالبا ما اضيف
اليه انه ليس مقصودا التعيين مما تحقق فيه ما قصد الى اثباته بالقصد الاولي واستشكل بما لو قال
والله لا اكلم فلانا اليوم واعدا او بعد غد افكله ليلا لانه يحنث ان الليل لم يدخل وكذا لو قال في كل يوم لم يدخل
الليل ذكر ذلك في التتمة وبه قال الشافعي وهذا لا يرد على ما هو المختار من اعتبار المقصود من التركيب
كما ذكرنا قال على ما ذكر المصنف وجوابه ان المراد باليوم فيه النهار في المسئلة الاولى بدلالة اعادة حرف
النفي عند ذكر الغد والا لما لزم لذكر فائدة حتى لو قال لا اكلمه اليوم وغدا وبعد غد تدخل الليلة وبه قال
الشافعي وهو كقوله ثلاثة ايام في المسئلة الثانية ذكر كلمة في كل يوم ليتجدد الكلام على ما عرف في
انت طالق في كل يوم تطلق ثلاثا في ثلاثة ايام ولو قال كل يوم تطلق واحدة تحقق التجدد لو اريد
باليوم مطلق الوقت **قوله** وان عنى النهار خاصة اي بلفظ اليوم دين اي صدق في القضاء لانه مستعمل
فيه لانه حقيقة مستعملة كثيرا فيقبله القاضي وان كان فيه تخفيف على نفسه او هو مشترك بين
النهار ومطلق الوقت وعن ابي يوسف لا يدين في القضاء لانه خلاف المعتاد فكان خلاف الظاهر فلا يصدق
في القضاء **قوله** ولو قال ليلة اكلم فلانا فهو على الليل خاصة لانه حقيقة في سواده كالنهار للبياض
خاصة وما جاء استعماله في مطلق الوقت كما جاء في لفظ اليوم واورد عليه قول القائل

• وكاحسبت كل بيضاء شحمة • ليالي لاقينا جذاما وحميرا •
• سقيناهم كاسا سقينا بمثلها • ولكنهم كانوا على الموت اصبرا •

والمراد مطلق الوقت فان الحرب لم تكن ليلا اجاب بان المذكور الليالي بصيغ الجمع وذكر احد
العددين ينتظم ما وراءه من الاخر ولا كذلك المفرد يعني ذكر الليالي ينتظم الشهور التي وراءها
كما ان ذكر الايام ينتظم الليالي التي وراءها قال تعالى ان اهلكم الناس ثلاثة ايام وفي اية اخرى
ثلاث ليال والقصة واحدة وليس اللام الا في المفرد فان ذكر الليلة لا يستتبع اليوم ولا الغلب
ونظر فيه بعضهم بانهم يقتضي ان الشاعر قصد ان الملاقات كانت مستوعبة لليال تتبعها
ايام بقدرها والمتعارف في مثل هذا الكلام انه انما يقصد به الوقت لا الجمع بين الايام والليالي
وليس هذا بشيء فان الواقع قد يكون ان الحرب دامت بينهم اياما وليالي وهذا كثير الوقوع
فاراد ان يخبر بالواقع فعبد عنه بايهن ولا دخل لذلك في خصوص عرف **قوله**
ولو قال ان كلمت فلانا او فعال حتى يقدم فلان او الا ان ياذن فلان او حتى ياذن فلان فامرأته
طالق فكله قبل القدوم والاذن حنث ولو كلمه بعد القدوم والاذن لم يحنث لانه غاية
اي لان القدوم والاذن غاية لعدم الكلام لما قدمنا ان فعل الشرط المثبت في اليمين يكون
النفي منه فيكون في معنى المنفي به والغلب فقوله ان كلمته حتى يقدم معناه لا اكلمه حتى يقدم

وان وقع طلاق ذلك فامرأته طالق واذا كان غاية لعدم الكلام فاليمين معقودة على الكلام حال عدم الاذن
فتبقى اليمين ما بقي عدم الاذن الواقع غاية فيقع الحنث بالكلام حال عدمه وينتهي بعد الغاية لانها
موجبة به فلا يحنث بالكلام بعد مجيئه واذنه اما ان حتى غاية فظاهر واما ان غاية فلان به ينتهي
منع الكلام فتشابهة الغاية اذا كانت غاية لمنعه فاطلق عليها اسمها ومثله قوله تعالى لا يزال بنيانهم الذي
بنوا ريبة في قلوبهم الا ان تقطع قلوبهم اي الموتهم وقيل في استثنا على حالها وفيه شيء وهو ان تقدير
الاستثنا فيها انا يكون من الاوقات والاحوال اي معنى امرأته طالق في جميع الاوقات والاحوال
الا وقت قدوم فلان واذنه والاحال قدومه واذنه بتقدير مضاف الى المصدر المنسبك الى
المصدر المنسبك من ان يقدم وان ياذن فان تقدير الا ان ياذن الا ان اذنه وهو ليستلزم
تقييد الكلام بوقت الاذن والقدوم فيقتضي انه لو كلمه بعد القدوم او الاذن حنث لانه لم يخرج
من وقات وقوع الطلاق الا ذلك الوقت وهو غير الواقع ثم اورد ان الا ان تشعر بالغاية
لانها شرط في قوله امرأته طالق الا ان يقدم زيد فان المعنى ان لم يقدم زيد واجيب بانها
انما تكون للغاية فيما يحتمل الثابت والطلاق مما لا يحتمله يعني فتكون فيه للشرط انتهى وهذا
يؤيد ما تقدم من ان الكلام مما يمتد لانه الشرط هنا بخلاف ما ذكر المصنف ولما كان منظنة ان يعترض
بان الشرط وهو الا ان يقدم منتف فالمفهوم ان القدوم شرط الطلاق لا عدمه وجهه بشارح
اخر فقال واما حمل على ان لم يقدم في مسئلة الطلاق لا على ان يقدم لانه جعل القدوم للطلاق فيكون
القدوم علما على الوقوع وتحقيقه ان معنى التركيب وقوع الطلاق من الحال مستمرا الى القدوم فلان
فيرتفع فيكون قدومه علما على الوقوع قبله والمتحقق من ذلك ان الطلاق يقع حال قدوم فلان وهو
المعبر عنه بقولنا ان لم يقدم فحيث لم يمكن ارتفاعه بعد وقوعه بالقدوم والممكن وقوعه عند عدم
القدوم اعتبر الممكن فجعل عدم القدوم شرطا وهو حاصل ان طالق ان لم يقدم فلا يقع الطلاق
الا ان يموت فلان قبل ان يقدم او ياذن لانه مطلق كقوله ان لم اطلقك فانت طالق فان تاج
الشريعة وتبعه المكي المصير الى هذا المجاز يعني الغاية لا بصاريا الى ذلك المجاز يعني الشرط
لان في هذا اجراء المجاز في مجرد الاستثنا وفي ذلك اجراءان في استثنا القدوم لانا نجعل استثنا
القدوم مجازا عن اشتراط عدم القدوم واجراء المجاز في الجزاء اولى منه في المجموع **قوله**
وان مات فلان سقط اليمين فلانا ابي يوسف لان الممنوع منه كلام ينتهي المنع منه بالاذن والقدوم
ولم يبق الاذن ولا القدوم بعد موت من اليه الاذن والقدوم منصور الوجود فلم يبق البر متصور
الوجود وبقا تصور بقا اليمين الموقتة عندا بي حنيفة ومحمد على ما مر وهن اليمين موقتة بوقت
الاذن والقدوم اذ بهما يتمكن من البر اذ يمكن من الكلام بلا حنث فيسقط بسقوط تصور البر وعند
ابي يوسف لتصور اليمين بشرط فعند سقوط الغاية تتابد اليمين في اي وقت كلمه فيه حنث فان قيل
لا نسلم عدم تصور البر بموته لانه سبحانه قادر على اعادة فلان فيمكن ان يقدم وياذن فالجواب ان الحياة
المعادة غير الحياة المحلوف على اذنه فيها وقدومه وهي الحياة الفائتة حالة الحلف لان تلك عرض تلاشى لا يبقى
لعادتها بعينها وان اعيدت الروح فان الحياة غير الروح لانه امر لازم فيه فله روح **قوله** ومن حلف لا يخدم عبد
فلان ولم ينو عبدا له بعينه وانما اراد من ينتسب اليه بالعبودية او اسوأة فلان الى اخره اعلم انه اذا حلف
على هجران محل مضاف الى فلان كلا يخدم عبد فلان او زوجته او صديقه او لا يدخل داره او لا يلبس ثوبه او لا
يركب فرسه او لا ياكل من طعامه فلا شك ان هذه الاضافة في الكل معرفة لغير ما عند اليمين على هجران سواء
كانت اضافة ملك كعبده وداره ودابته او اضافة نسبة اخرى غير الملك كزوجته وصديقه
فالاضافة مطلقة تفيد النسبة والنسبة اعم من كونها نسبة ملك او غيره فلا يصح جعل اضافة النسبة
تقابل اضافة الملك فاضل المصنف وغيره لانه لا تقابل بين الاعم والاخص الا ان يكون خصوص عرف

اصطلاحي وهو محل الجعل المذكور للمصنف واذا كانت هذه الاضافة مطلقا للتعريف فبعد ذلك
اما ان يقترن به لفظ الاشارة كقوله لا يكلم عبد هذا او زوجته هذه او لا فعلى تقدير عدم الاشارة
الظاهر ان الداعي في اليمين كراهته في المضاف اليه والا لعرفه باسمه العلم ثم اعقبه بالاضافة ان
عرض اشتراك مثل لا اكلم راشد اعبد فلان ليزيل الاشتراك العارض في الاسم راشد او فلانة زوجة
فلان لذلك فما اقتصر على الاضافة ولم يذكر اسمه والا ان واليه كان الظاهر انه لمعنى في المضاف اليه وان اضمل
ان يهجر بعضا لذاته ايضا كالزوجة والصديق فلا يصار اليه بالاحتمال وحينئذ فاليمين منعقدة على هجر
المضاف حال قيام الاضافة وقت الفعل فان كان موجودا وقت اليمين ودامت الاضافة الى وقت الفعل او انقطعت
ثم وجدت بان باع وطلق ثم استرد او لم يكن وقت اليمين فاشترى عبدا فكلمه حنث وكذا لو لم تكن زوجة
واستحدث زوجه ينبغي ان يحنث في قول ابي حنيفه ولو ارتفعت النسبة الثانية التي عرفت الاضافة
بان باع فلان عبده وداره وثوبه ودابته وعادي صديقه وطلق زوجته فكلم العبد والمراة والصديق
لا يحنث وكذا اذا لبس الثوب او دخل الدار او ركب الدابه لا يحنث لما قلنا ان اليمين انعقدت باعتبار النسبة
القائمة وقت الفعل والحال انها زايلته عندنا وهذا الاصل عند ابي حنيفه واما عند محمد فاليمين منعقدة
في المملوك على الاضافة القائمة وقت الفعل كما ذكرنا وفي اضافة النسبة على القائمة وقت اليمين فتقرع على
هذا انه لو طلق زوجته وعادي صديقه واستحدث زوجة وصديقا فكلم المستحدث لا يحنث ولو كلم
المتروكة يحنث وهذا ما نقله المصنف من الزيادات ووجهه ما جوزناه في اصل ابي حنيفه من انها تهجر
بالهجرة لنفسها لا لغيرها فكانت الاضافة مجرد تعريف الذات المهجورة فلا يشترط دوامها او وجودها
وقت الفعل فتعلق الحكم اي الهجر بعينه كما في الاشارة فانه اذا قال زوجة فلان هذه ونحوها مما اضيفت
اضافة نسبة فالاتفاق انه يحنث بكلامه بعد انقطاعها كما سيذكره وجه المذكور في الجامع لابي حنيفة
ايضا من ان الظاهر ان الهجر للمضاف اليه بما ذكرنا من الوجه واقل ما في الباب جواز كون الهجر لنفسه
وان يكون للمضاف اليه وعلى الاول يحنث وعلى الثاني لا فلا يحنث بالشك فظهر بما ذكرنا ان ما ذكره في
النهاية وغيرها من قوله الاصل في جنس هذه المسايل انه متى عقد يمينه على فعل في محل منسوب الى الغير بالملك
يراعى للحنث وجود النسبة وقت وجود الفعل المحلوف عليه ولا معتبر بالنسبة وقت اليمين اذا لم يوجد
وقت الفعل وان كان منسوبا اليه بالملك يراعى وجود النسبة وقت اليمين ولا معتبر بها وقت
الفعل ثم وجه الفرق بان في اضافة الملك الحامل على اليمين معنى في المالك لان هذه الاشياء لا تفارق
لعينها وفي اضافة النسبة معنى فيهم لان الاذى يتصور منهم واستشكل بان العبد يتصور منه الاذى
اجيب بان ابن سماعه ذكر في نوادره انه يحنث عند ابي حنيفه رحمه الله بهذا ووجه الظاهر
العبد ساقط الاعتبار عند الاحرار فانه يباع في الاسواق كالحمار فالظاهر انه ان كان منه اذى
انما يقصد هجران سيده لهجرانه ولا يخفى انه اعني هذا الاصل لا يصح الا لمحمد فقط فاطلاق جعله
اصلا لهذه المسايل ليس بصالح لان الاقتصار عليه يوهم الاتفاق عليه او انه الاصل لصاحب المذهب وهذا
وروي ان هشاما اخبر ان محمدا رجع الى قول ابي حنيفه وقال لا يحنث هذا اذا لم يعينه فلم يذكر الاشارة
فاما ان عينه فذكر الاشارة بان قال عبدي فلان هذا ودار هذا او امراته هذه او صديقه هذا
فباع العبد والدار وطلق وعادي فكلمه ودخل لم يحنث في المملوك من العبد والدار وحنث في غيره
من المراة والصديق عند ابي حنيفه وابي يوسف وعند محمد وزفر يحنث في الكل وهو قول الشافعي ومالك
واحمد لان الاضافة في الكل للتعريف كما قدمناه والاشارة ابلغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة بخلاف التعريف
الاعم فلزم اعتبارها وسقوط الاخرى واذا اعتبرت انعقدت اليمين على خصوص العين فلزم الحنث
بتوهم هجرانها بعد الاضافة كما قبلها وهما يقولان ان هجران المضاف اذا كان مملوكا ليس لذاته
لسقوط اعتباره فتقيد ببقاء النسبة مع الاشارة وعدمها بخلاف المملوك فانه لما كان مما يعادي

لنفسه كما يعادي لغيره فعند عدم الاشارة استوى الحال فلا يحنث بالشك ومع زيادة الاشارة يرجح
كون الهجر لمعنى في نفسه فلا يتقيد الحنث بدوام الاضافة لان كون الداعي الى اليمين معنى في المضاف اليه
في غير المملوك غير ظاهر لعدم التعيين اي لانه لم يتعين كما تقدم وهو اضافة الملك لان الداعي كما يجوز كونه
معنى في المضاف اليه يجوز كونه لنفس المضاف حيث كان صلحا لان يعادي لنفسه لانه حر متعين اذ لا يعادي
المملوك لنفسه وقوله لغت الاضافة ممنوع وانما يلزم لو لم تكن لها فايدة اخرى لكن الواقع ان لها فايدة
وهي افادة ان الهجران منوط بنسبته الى المضاف اليه لا بنفسه فيعتبر كل منهما لما يدنه وقد رجح في الفتح
قول محمد وزفر بان العبد وان كان ساقط المنزلة قد يقصد بالهجران والحالف لو اراد هجران لاجل سيده
لم يحنث الى الاشارة فلما اشار اليه بقوله هذا علم ان مراده قصده بالهجران قال وكذلك الدار ولكن العبد اظهر
ظهورا لصحة قصده بالهجران كالمراة والصديق انتهى وما ذكر من ان لكل فايدة فايدة الاشارة التعريف
وفايدة الاضافة بيان مناط الهجر قد يدفع بان الاضافة تستقل بالفايدتين فلها ايضا تعريف الشخص
المحلوف على هجره كالتقييد الاخر وجوابه ان الاشارة كالتقييد التعريف يحصل بها التخصيص ايضا وهذا
لا يحصل بالاضافة وحدها فانه لو قال عبد فلان انعقدت على كل عبد له وفي قوله عبد فلان هذا الحنث بكلام عبد
اخر لفلان وان كانت الاضافة تفيد ان بسبب هجر العبد نسبته لسيده لكن الحنث في الايمان لا يثبت
بالقياس بل بفعل عين المحلوف عليه لو حلف ليعطين هذا الفقير لفقوم لم يحنث اذا لم يعط غيرهم من الفقراء وهذا
بخلاف اذا لم تكن نية اما لو نوى الابد فلها ما دامت لفلان او ابد فلها وان زالت الاضافة فعلى ما نوى لانه
شدد على نفسه في الثاني ونوى محتمل كلامه في الاول وروي شذوذا عن ابي يوسف في دار فلان هذه
انه يحنث بعد زوال الاضافة وليس بشيء وعنه ايضا يحنث بالدار المجرد ملكها لان الملك لا يستحدث
فيها عادة فانها اخر ما يباع واول ما يشتري عادة فتقيدت اليمين بالغاية في ملكه وقت الحلف اجيب
بان العرف مشترك فان الدار قد تتباع وتشترى مرارا فلا يصلح مقيدا وعنه ايضا ان اليمين تتقيد في اهل بالقام
في ملكه وقت الحلف رواه بشر عنه قال اذا قال دار فلان لا يتناول ما يستحدث ملكه كخلاف قوله
دار فلان لان قوله دار فلان تمام الكلام بذكر الاضافة والا كان مجملا فلا بد من قيام الملك لفلان
وقت يمينه وفي قوله دار فلان الكلام ناقص بما ذكر فكان ذكر فلان تقييد اليمين مما يكون مضافا
الى فلان وقت السكنى ثم في الحلف لا يسكن دار فلان لا يحنث بسكنى دار مشتركة بين فلان وغيره
وان قل نصيب غيره وفي بعض الشروح لو تزوج بنت فلان لا يحنث بالبنت التي تولد بعد اليمين بالاجماع وفرق
فانها اضافت لنسبة فينبغي ان ينعقد على الموجود قال التزوج الاعم ان في الف وق عن ابي يوسف
ان تزوجت بنت فلان او امته انه على الموجود والحادث **قوله** وان حلف لا يكلم صاحب هذا
الطيلسان فباعه صاحبه ثم كلمه حنث بالاجماع لان هذه الاضافة لا تحتمل الا التعريف لان الانسان
لا يعادي يعني الطيلسان فصار كما لو اشار اليه اي الى صاحب الطيلسان بان قال لا اكلم هذا الرجل
تتعلق اليمين بعينه والطيلسان معرب تيلسان ابدلوا النون لاما كما في لبلاس البحر مدور السود
كمته وسداه صوف **قوله** ولو حلف لا يكلم هذا الثوب فكلمه بعد ما صار بحيث حنث كان الحكم
معلقا بالمشار اليه اذ الصفة في الحاضر لغو ولا يتقيد بتشبيهه واورد عليه انه تقدم لو حلف لا ياكل
هذا الرطب فاكله بعد ما صار تمرا لا يحنث مع ان الصفة في الحاضر لغو فاجاب بقوله وهي الصفة ليست
بداعية الى اخره يعني ان الصفة تعتبر في الحاضر اذا كانت داعية وصفة الرطبية مما تدعو اعين الناس
الى الحلف على تركه فتقيد به بخلاف الشبيهة هنا فانها ليست داعية على ما تقدم وفي الوجيز للبرهان الدين محمد
الذي حلف لا يكلم صبيا او علاما او شابا او كهلا فالصبي في عرفه هو الذي في تلاث مواضع في اللغة والشرع والعرف
اما اللغة فالولد الصبي يسمى علاما الى تسع عشرة سنة شاب الى اربع وثلاثين ومن اربع وثلاثين كهلا الى احد
وخمسين ومن احد وخمسين شيخ الى آخر عمره واما الشرع فالغلام لمن لم يبلغ وحد البلوغ معلوم فاذا

بلغ صار شابا وفتى وعن ابي يوسف ان من ثلاث وثلاثين الكهولة فاذا بلغ خمسين فهو شيخ قال القدوري
قال ابو يوسف الشاب من خمس عشرة الى خمسين سنة الا ان يغلب عليه الشمط قبل ذلك
والكهل من ثلاثين الى اخر عمره والشيخ فيما زاد على الخمسين وكان يقول قبل هذا الكهل من ثلاثين الى مائة
سنة واكثر والشيخ من اربعين الى مائة وهذا روايات اخر لي وانتشار والمعول عليه ما به الافتا قوله
لما كان فيه كالتبع لما تقدمه ترجمة بالفصل قوله ومن حلف لا يكلمه حينا او زمانا او الحين او الزمان فهو على
ستة اشهر في النفي فلا اكلمه الحين او حينا والاتيان بحولا صوم من حينا او الحين او الزمان او زمانا كل هذا
اذا لم ينو مقدارا معينا من الزمان فان نوى مقدار اصدق لانه نوى حقيقة كلامه لان كلا من الحين والزمان
للقدر المشترك بين القليل والكثير والمتوسط واستعمل في كل ذلك ففي القليل قول النابغة ذبياني

"فبت كاني ساورتني ضئيلة" "من الرقش في انيابها السم ناقع"

"تناذرها الراقون من سوء سمها" "تطلقه حينا وحينا تراجع"

يريد ان السم نار تحف المه وتارة يشتد واما في الكثير فالمسموع في هل اتى على الانسان حين من الدهر
انه اربعون سنة واما في المتوسط فقوله تعالى تؤتي اكلها كل حين باذن ربها وذلك ستة اشهر عن ابن عباس
ان من حين يخرج الطلع الى ان يصير رطبا ستة اشهر ولما وضع الاستعمال كذلك ولا نية معينة للحالف عملنا
على الوسط من ذلك وهو ستة اشهر ولانا لا يسير لا يقصد بالحلف والايلم يحلف لتحقق الامتناع عنه عادة
بالايمان والمديد وهو اربعون سنة لا يقصد بالحلف عادة لانه في معنى الابد فمن بين جاوز عن العادة اذ لم يسمع
من يقول لا اكلمه اربعين سنة معتدا بها ولو سكت عن الحين وما معه تابيدا فالظاهر حينئذ انه لم يرد
اقل ما ينطلق عليه الاسم من الزمان وهو الابد والاربعين فحكم بالوسط في الاستعمال وهو ما ذكرنا وان في
بعرفه الى الاقل وهو ساعة وعرف انه لم يعقد والا ترك ذكر الحلف والزمان ليستعمل استعمال الحين
بقال ما رايتك منذ زمان كما يقال منذ حين وليس المراد من هذا انه ثبت استعماله لستة اشهر والاربعين
سنة والاقل ما ينطلق عليه بل انه ثبت استعماله في المديد والقصير والمتوسط وهو احد الحين في الوضع
والاستعمال في ذلك وان لم يكن مثله في خصوص المدة فيصرف الى ما سمع متوسطا ثم قيل هذا ان في زمان
النكرة لم يتم في العرف بل الظاهر فيه انه للابد كالدهر والعمر ولهذا صح الاستثناء منه فلو قال لا اكلمه الزمان
الا سنة صح وعهد به الستة اشهر انما ثبت في لفظ الحين وكون الزمان مثله ان اريد في الوضع فمسلم
ولا يفيد لان المقصود ان يحمل اللفظ عند عدم المعين لخصوص مدة على مدة التي استعمل فيها وسطا وان اريد
في الاستعمال فيحتاج لما ثبت من موارد الاستعمال ولم يوجد هذا ويعتبر ابتداء الستة اشهر من وقت
اليمين بخلاف لا صوم حينا او زمانا كان له ان يعين اي ستة اشهر شاء وتقدم الفرق قوله وكذا
الدهر عند ابي يوسف ومحمد يعني المنكر ينصرف الى ستة اشهر اذا لم تكن له نية في مقدار من الزمان
فان كان عمل به اتفاقا وقال ابو حنيفة رحمه الله الدهر لا ادري ما هو وهذا الاختلاف في المنكر
هو الصحيح احترازا عما ذكر الشيخ ابو المعين من رواية بشر ابن الوليد عن ابي يوسف انه قال لا فرق على قول
ابي حنيفة بين قوله دهرا والدهر والصحيح ان المعرف بالاتفاق بصرف الى الابد وانما يوقفه في المنكر
لان استعماله لم تثبت وهو اقل ما ينطلق عليه اسم الزمان فيه من الاستبعاد ما تقدم ولم يثبت
توقيت في زايد عليه فلزم التوقف وقيل لانه جاء في الحديث ان الدهر هو الله تعالى في قوله صلى الله عليه وسلم
لا تسبوا الدهر فان الدهر هو الله فاذا قال لا اكلمه الدهر احتمل ان اليمين موبدة والمعنى والله لا اكلمه
والله فانك علمت ان حرف القسم يحذف وينصب الاسم ويحتمل انه اراد الظرف وهو الابد وقول
الشاعر "هل الدهر الا ليلة ونهارها" والا طلوع الشمس ثم غيابها قوله فالنكرة وان كانت في
الاثبات تفيد العموم بقرينة اي كل طلوع وكل غروب لما اخبره وعرف انها تستعمل في الاثبات
للعموم بقرينة مثل علمت نفس ما احضرت وهذا الوجه يوجب توقفه في العرف ايضا لان الذي

يراد

يراد به الله سبحانه وتعالى هو المعرف منه لا المنكر وتوقفه دليل فقهه ودينه وسقوط اعتباره
نفسه رحمنا الله به وقد نظم جملة ما توقف فيه فقال بعضهم "من قال لا ادري للمريدين"
فقد اقتدى في الفقه بالنعمان "في الدهر والحيض كذاك جوابه" ومحل الخلاف ووقت ظان
والمراد بالخلاف المشار اليه ما قدمناه في الجنايز فرع اذا قال لا اكلمه العمر فهو على الابد
واختلف جواب بشر بن الوليد في المنكر فجعله كالزمان قال في الله على صوم عمر يقع على يوم واحد ومن قال
هو مثل الحين ستة اشهر لا ان ينوي اقل او اكثر قوله ولو حلف لا يكلمه اياما فهو على ثلاثة ايام
ذكره في الجامع وذكر فيه انه بالاتفاق وانه قال واجمعوا فيمن قال ان كلمتك دهورا او ازمنة او شهورا
او سنين او جمعا او اياما يقع على ثلاثة من هذه المذكورات لان اداني الجمع المتفق عليه وذكر في كتاب الايمان
انه على عشرة ايام عند العرف قال الاسبيجابي والمذكور في الجامع الحق وجه المصنف بقوله لانه اسم جمع
منكر فيتناول اقل الجمع وهو الثلث كما يتناول الاكثر منه لكن معين للزايد فلزم المتيقن كما لو حلف لا يشتري
عبيدا او لا يتزوج لنسايتقع على ثلاثة واورد ان حكاية الاتفاق في المثل المذكور توجب عدم توقف
ابي حنيفة في معنى الدهر ان من لا يدري معنى المفرد لا يدري معنى الجمع وهذا ليس بشيء اذ قوله الدهور الثلاثة
حما يراد به ليس فيه تعيين معناه انه ما هو نعم يلزم لكل عاقل نفي ان يراد به الله سبحانه وتعالى لبطلان الجمع
ومن فروع المنكر حلف لا يكلمه يوما ان حلف قبل الطلوع فهو على ثمن الطلوع الى الغروب وان حلف
بعده فهو على ما من وقت حلفه الى مثله من اليوم الثاني ويدخل الليل فان كلمه ليلا حنث ولو قال اليوم
وقع على بقية يومه ولو حلف لا يكلمه يومين دخل الليل بين او حلف بعد الطلوع او قبله والجواب في
الليل مثله في اليوم قوله ولو حلف لا يكلمه الايام فهو على عشرة ايام عند ابي حنيفة رحمه الله ولذلك الجمع
والشهور والسنين والدهور والازمنة بالتعريف ينصرف الى عشرة من ذلك المعدودات فاما في غير الازمنة
ظاهر وفي الازمنة يلزمه ثمن سنين لان كل زمان ستة اشهر عند عدم النية وقالا في الايام ينصرف الى ايام
الاسبوع وفي الشهور الى اثني عشر شهرا وفي الجمع والسنين والدهور والازمنة ينصرف الى جميع العمر وهو الابد
وجه قولهما ان اللام للعهد اذا امكن وقد امكن صرفت الى الاستغراق والعهد ثابت في الايام للسبعة فانصرف
الايام اليها وفي الشهور لشهور السنة فينصرف التعريف الى المعهد في خصوص فيما سواهما فينصرف الى الاستغراق
لجمع والسنين والدهور والازمنة وذلك هو جمع العمر او هي للعهد ايضا فان المعهود بعد ما ذكرنا ليس الا
العمر وهو قول المصنف لانه معهود وهو ايام العمر وحاصله استغراق سني العمر وجميعه وله انه جمع معرف
باللام فينصرف الى اقصى ما عهد مستعملا فيه لفظ الجمع عليه اليقين وذلك عشرة وعهد به كذلك فيما اذا وقع
مميز العدد قبله فانه يتناول ثلاثة ايام فيكون لفظ ايام مرادا به الثلاثة بيقين وكذا اربعة ايام
وخمسة ايام الى عشرة فكانت العشرة منتهى ما قطع باراداته بلفظ الجمع فيما يحكى من الاستعمالات فكان معهودا
من لفظ الجمع بخلاف قوله تعالى وقطعناهم اثنتي عشرة اسباطا وان عدد الشهور عند الله اثنا عشر شهرا
فان الجمع هنا وان اريد به بيقينا ما يزيد على العشرة لكنه بوجود ذلك مرادا من الضمير معهود لمن اللفظ
بحيث يصرف اليه متى ذكر بلا معين وكان المعهود مما استعمل فيه لفظ الجمع يقينا مستغرا ليس الا العشرة
فاذن تنتهي العشرة منتهى ما عهدت بما اراداته به قطعا فيجب الحمل عليه وخلاف ما اذا لم يقع
مميز العدد نحو وتلك الايام نداولها بين الناس حيث اريد بجمع الايام فان اللام فيه للجنس على
سبيل الاستغراق والانكر ان يراد باللام ذلك لان المتعذر انه حيث امكن العهد حمل عليه
دون الجنس والاستغراق والعهد ثابت فيما يراد بالجمع عند عدم قرينة والغرض ان الحالف
لم يرد شيئا بعينه فالواجب ان يصرف الى المعهود المستغرا وانما اعتبرنا في المعهود ان كان عاما دونه
معهودا ايضا لانه كما عهد استغراقا لم يعهد ايضا دونه لا استغراق اللام ولما كان الاستغراق
الذي يحكم به عند عدم العهد انما ثبت لان مدخول اللام لما لم يكن عهدا لا قرينة تعين غير الاستغراق

من المراتب حتى صرف الى الجنس الصالح للقليل والكثير كان للاستغراق وهنا ايضا كذلك لما انصرف الى
المعهود والمعهود كل مرتبة من المراتب التي اولها ثلاثة وافضاها عشرة والامين كانت للاستغراق
المعهود وبهذا التقرير يندفع ما اورده بني العزمي قوله وهذا اي كون اقصى ما يراد به العشرة
انما يكون عند ذكر العدد واذا لم يذكر يسمى الزايد عليه بالجمع بلا ريب وذكر شاهد ذلك قوله تعالى وتلك
الايام وان عدة الشهور قال وليس في قول الحالف لا اكلمه الشهور اسم العدد فلا يصح ان يقال انه اقتضى
ما يذكر بلفظ الجمع وكذلك الايام وانا قلنا انه اندفع لانا لم نقصد تعيين ما عهد سرا بلفظ
الجمع على وجه الاستتار ليحمل عليه لفظ الجمع الخاص عند عدم ارادة شئ بعينه وكون لفظ اريد به غير
ما عهد مستمرا كثيرا لا يوجب نفي عهديته في غير وامامما حكمته الخبازي حيث قال الخبازي اسم الجمع للعشرة
وما دونها للثلاثة حقيقة حالتي الاطلاق واقترانه بالعدد ولما زاد على العشرة عند الاطلاق عن
العدد والاسم متى كان للشئ في جميع الاحوال كان ما هو اسم له في حال دون حال فليست بشئ فانه دفع كلامه
هذا بقوله كانه لم يبلغه الفرق بين الجمع واسم الجمع فلهذا قال انه للعشرة وما دونها حقيقة في حالين
والمفهوم فيها في حالة واحدة وانما قالوا هذا في بعض اسماء الجموع انه يطلق من الثلاثة الى العشرة كالخرهط
وذود ونحوه الى اخره ولم يعلم ان الاضافة في قول الخبازي اسم الجمع بيانية والمعنى الاسم الذي هو الجمع
ومثل هذا في عبارات جميع اهل الفنون اكثر واشهر من ان يخفى على ناظر فيه والعلم لحاصل كلام الخبازي
ان الجمع في العشرة فما دونها انبئ منه فيما زاد عليه لان الاول يراد به في حالتين والثاني في حالة واحدة
فكان اكمل في ما عهد له في الحالتين عند عدم المعين لزما وحقيقة ما ذكرناه في مبدا التقرير شرح له والله
الموفق ثم لقائل ان يرجح قولها في الايام والشهور بان عهدها اعهد وذلك لان عهدية العشرة انما هو للجمع
مطلقا من غير نظر الى مادة خاصة يعني الجمع مطلقا عهد للعشرة فاذا عرض في خصوص مادة من الجمع كالايام
عهدية عدد دون غير كان اعتبار هذا المعهود اولى وقد عهد في الايام السبع دون الشهور الاثني عشر فيلزم
من خصوص هذين الجمعين اليها اولى بخلاف غيرها من المجموع كالسنين والازمنة فانه لم يعهد فيها مادتها
عددا خر فينصرف لما استقر للجمع مطلقا من ارادة العشرة فما دونها فان قيل هذه مغالطة فان
السبعة المعهودة في الازمنة الخاصة المسماة بيوم السبت ويوم الاحد الى اخره والكلام في لفظ ايام
اذا اطلق هل عهد منه تلك الازمنة الخاصة للسبعة لا شك في عدم ثبوته في الاستعمال اذ لم تثبت
كثرة اطلاق لفظ ايام وشهور وبراد بيوم السبت والاحد الى الجمعة والمحرم وصفر الى اخرها على الخصوص
بل الازمنة الخاصة المسميات مذكورة وغير مذكورة وغير بالغة السبعة بحسب المرادات للمتكلمين فالجواب
منع توقف انصراف اللام الى العهد على تقدم العهد عن لفظ النكرة بل اعم من ذلك بل لا فرق بين تقدم العهد
بالمعنى عن اللفظ او لا عنه فانه اذا صار المعنى معهودا باي طريق فرض ثم اطلق اللفظ الصالح له معرفا باللام
انصرف اليه وقد قسم المحققون العهد الى ذكري وعلمي ومثل للثاني بقوله تعالى اذ هما في الغار فان الغار
هي المعهود لا من لفظ سبق ذكره بل من وجود فيه وعلى هذا فيجب جعل ما سماه طائفة من المتاخرين بالعهد
الحاضري اعم مما تقدم ذكره او عهد بغيره كما ذكرنا ونظير هذا قولنا العام يخص بدلالة العادة فان العادة ليست
الا لما عهد مستمرا ثم يطلق اللفظ الذي يعمها وغيرها فيتقيد بها لعهديتها على الاطلاق والله اعلم

قوله ومن قال لعبده ان خدمتني اياما كثيرة فانت حر فالايام الكثيرة عند ابي حنيفة عشرة ايام لانه اكثر ما ذكر الله تعالى له
اسم الايام على اليقين على ما تقدم وقال الاسبوع ايام لان ما زاد عليها تكرار وقد قيل قدم في قضاء الفوائت
ان الكثرة بالدخول في حد التكرار ومقتضاه ان نظر الى الكثرة بهذا المعنى هنا ان لا تحث الا بثمانية ايام وانما لم
ينظر الى الكثرة من جهة العرف لان العرف مختلف فربما يقال في السبعة كثيرة وربما يقال قليلة وكذا العشرة
والعشرون فانه يقال باعتبارات ولسنا لم نضبط وصورة المسئلة ان الامثلة للتمثيل في مقدار الكثير
فنرجع كل الى اصله ثم قال ابو اليسر اما لساننا فلا يحيي هذا الاختلاف بل يصرف الى ايام الجمعة بالاتفاق حتى

لو

لو قال لعبده ان خدمت كي مرارا ودورها بسياتو اذا اذا خدم سبعة ايام يعتق لان في لساننا تستعمل
مع جميع الاعداد لتظاهر دورها فلا يحيي ما قال ابو حنيفة من انتهائها الى الايام الى العشرة وهذا احسن والله اعلم

فروع قال اول يوم من اخر هذا الشهر فهو على السادس عشر منه واخر يوم من اول
هذا الشهر يقع على الخامس عشر منه وجمع وسنون منكر يقع على ثلاث بالاتفاق ولو حلف ليفعلن
كذا عند راس الشهر او عند الهلال او اذا اهل الهلال او اتية له فله الليلة التي يهل فيها ويومها
وان نوى الساعة التي اهل فيها صحت نيته لانه حقيقة كلامه وتغليظ عليه ولو قال اول الشهر او اتية فله
من اليوم الاول الى الليلة خامس عشر وان قال اخر الشهر فمن سادس عشر ليلا اخر او غرة الشهر فالليلة
الاخيرة واليوم الاول في العرف وان كان في اللغة للايام الثلاثة او سلخ الشهر فالتاسع والعشرون
وان قال صلاة الظهر فله وقت الظهر كله وعند طلوع الشمس من حين تبدو الى ان تبيض وان قال
وقت الضحى فمن حين تبيض الى ان تزول فيبر في اي وقت فيما بين ذلك فعل وان قال المسافة تقدم
ان المساء ان ولو قال في الشتاء ونحن فنحن محمد رحمه الله ان كان عندهم حساب يعرفون به
الشتاء والربيع والصيف والخريف فهو عليه حسابهم وان لم يكن فالشتاء ما يشتد فيه البرد على
الدوام والصيف ما يشتد فيه الحر على الدوام فعلى هذا القياس الخريف ما ينكسر فيه الحر على الدوام
والربيع ما ينكسر فيه البرد على الدوام وقال ابو الليث قال محمد رحمه الله ليس عندنا شئ نعرفه
معرفة الصيف والشتاء انما يرجع فيه الى قول الناس فاذا قالوا باجمعهم ذهب الشتاء والصيف فهو كذلك
فيعتبر العرف في هذه المسايل وفي الواقعات والمختار انه اذا كان الحالف في بلد لم يعرفوا
الصيف والشتاء مستمرا ينصرف اليه والا فاول الشتاء ما يلبس الناس فيه الحشو والفرو واخره
ما يستغني الناس فيه عنها والفاصل بين الشتاء والصيف اذا استقل ثياب الشتاء واستخف ثياب
الصيف والربيع من اخر الشتاء اول الصيف والخريف من اخر الصيف اول الشتاء لان معرفة هذا ليس
للناس وقيل اذا كان على الاشجار اوراق وثمار فهو صيف واذا بقي الاوراق دون الثمار فخريف
واذا لم يبق عليها اوراق فالشتاء واذا اخرجت الاوراق دون الثمار فالربيع وهو اذا اخرجت الاشجار
ولو قال في وقوع الثلج اراد وقت وقوعه فعلى هذا وهو الشهر الذي يقال فيه بالفارسية
آذر فان لم يكن له نية او نوى حقيقة وقوعه فعلى حقيقة الوقوع وهو الشهر الذي يحتاج فيه الى كنسه
ولا يعتبر ما يطير في الهواء وما لا يستبين على وجه الارض ولو وقع الثلج في بلد غير بلد الحالف
لا يعتبر بل المعتبر وقوعه في بلدته حتى لو كان الحالف في بلدة لا يقع بها وقع في نادر ثم اليمين ولو قال
لا قدوم الحاج فقدم واحد منهم انتهت اليمين ولو ذكر ليلة القدر فان كان لا يعرف اختلاف
العلماء فهي ليلة السابعة والعشرين من رمضان وبه اخذ الفقيه ابو الليث ولو كان يعرف
لا ينصرف اليها والخلاف فيه معروف بين علمائنا فان كان حلف في اثناء الشهر لا يحنث عندهما
حتى يجيء مثله من رمضان وعند ابي حنيفة حتى يمضي كل رمضان التابل وعليه الفتوى وهذا بناء على
انها في رمضان عند الكل لكنه يقول يتقدم ويتاخر وعندهما في ليلة بعينها لا تتقدم ولا تتاخر
لكن لا تعرف

باب اليمين في العتق والطلاق

والعتاق بعد ما تقدم قدمه على ما بعده **قال** ومن قال لامراته اذا ولدت ولدا
فانت طالق فحولدت ولدا ميتا طلقت ولدا ميتا طلقت وكذا اذا علق به عتق امة لان بولادة الميت تنقضي
الشرط لان الميت ولد حقيقة وهو ظاهر شرعا حتى انقضت به العدة وتصير به نفسا اذا رات
الدم فتحرم الصلاة عليها وتصير به الامة ام ولد وفي الحديث من رواية ابي عبيد عن صلى الله عليه وسلم انه
قال في السقط يظل محبنطا على باب الجنة حتى يدخل ابواه الجنة يريد بالمحبنطا المنتفخ
اي ينتفخ بطنه من الامتلاء من الغضب وبالهمزة وهو المتغضب المستبطي للشئ والفعل منها احبنطاء

مهموزا

واحبطي مقصورا ومن هذا يوخذ ان المسقط له حكم الولد وكذا امره في الحكم فلو استقطت بسقطا استبان بعض
بعض خلقه طلقت وعتقت ايضا لانه ولد حتى صار الامه به ام ولد ولو لم تستبن شيء من خلقه لا يعتبر
وتقدم حكمه في الحيض **قوله** ولو قال اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم اخر حيا عتق
الحي وحر عند ابي حنيفة وقالا لا يعتق واحدهما لان الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بيناه انفا
لكنه ليس محلا للعتق فتحل اليمين به ولا ينزل الجزاء لو قال ان دخلت فانت طالق فابانها فانقضت
عدتها فدخلت انحلت اليمين ولا تحنث حتى لو رجعت فدخلت لا يقع ولابي حنيفة رحمه الله ان الشرط ليس
الا الولد الحي هنا بخلاف ما قبله وهذا لانه جعل الجزاء وصف الموصوف بالشرط وهو الولد وهذا الوصف
الخاص وهو الحرية لا يكون الا في الحي فتقيد الموصوف بالشرط بالحياة والا لغى الكلام فكانه قال اذا ولدت ولدا
حيا فانت طالق للام وجزمنا لانه لا يصلح مقيد الولد بالحي لانا لحرية والطلاق واقع وصفا لغرم فلا يلزم
تقييده به واورد عليه ما لو قيل ان اشتريت عبدا فهو حر فاشترى عبد الغير ثم عبد النفسه لا يعتق الثاني
فلا تحل اليمين بالاول ولم تقيد صدورة وصفه بالحرية بعبد لنفسه واجيب بان المشتري لغرم محل الاعتاق
لصحة شرائه فيه موقوفا على اجازة مالكه فانحلت اليمين به ولم يحنث الى اصادر الملك فيه واما الميت فلا يصح اكتساب
العتق به موقوفا ولا غرم وبهذا يقع الجواب عما قد يورد من ان قوله ان دخلت فانت طالق فان الموصوف
بالجزا هو الموصوف بالشرط ومع هذا لو ابانها فانقضت عدتها فدخلت انحلت ولم يقع بعد ولم يضر قوله
ان دخلت الدار في عصمتي ونحو لانها بعد انقضاء العدة محل مثل هذا المعنى لانه لو قال ان تزوجتك فانت
طالق صح وتوقف على نكاحها فتطلق عند ذلك الطلاق وفي الايضاح لو قال اول عبد دخل علي فهو حر
فاول عليه عبد مات ثم عبد حي يعتق الحي ولم يذكر الخلاف والصحيح انه على الاتفاق لان العبودية لا تبقى بعد
الموت ولو قال اول عبد املكه فهو حر فاشتري عبدا ونصفا عتق الكامل بخلاف ما لو قال اول كر
املكه فهو هدي فملك كرا ونصفا لذلك لم يهد شيئا لان النصف يزاحم كل نصف من الكر لانه مع كل نصف
منه كر بخلاف نصف العبد فانه متصل بالنصف الاخر فيكمل العبد بنصفه ذكره الكرخي والمرغيناني
واذا قال اول عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدا عتق لان الاول اسم لفرد سابق فتحقق بشرائه
شرط العتق فيعتق فان اشترى عبدين معا ثم اخر لم يعتق واحد منهما لانعدام التفرد في الاولين
والسابق في الثالث فانعدمت الاولية فيه ولو كان قال اول عبد اشتريه وهو فهو حر عتق الثالث
لانه يراد به التفرد في حالة الشدة الان وهو للحال لغة فيقيد عامله وهو الشراء فيفيد ان
الشراء في حال تفرد المشتري وهو صادق في الثالث فيعتق بخلاف ما لو قال اول عبد املكه واحدا يعتق
الثالث لان واحدا يحتمل التفرد في الذات فيكون حالا موكدة لان الواقع كونه كذلك في ذاته
يعتق لان كلا من الاولين كذلك فانه اول بهذا المعنى فانه في ذاته فرد واحد وسابق على من يكون
بعده فلم يكن الثالث اولا بهذا المعنى ويلزم على هذا انه لو قصد هذا المعنى يعتق كل من الاثنين السابقين
ويحتمل كونه بمعنى الانفراد في تعلق الفعل به فتكون مؤسسة فيعتق لانه المنفرد في تعلق الفعل
بخلاف الاولين فلا يعتق بالشك وقيل لانه يحتمل ان يكون نعتا لامن العبد وان يكون حالا من المالك اي حال كونه
منفردا فلا يعتق بالشك اليه اشار شمس الائمة وقاضي خان **قوله** وان قال اخر عبد اشتريه فهو حر
فاشترى عبدا ومات الموالي لم يعتق لان الاخر فرد لاحق والغرض ان لا سابق لهذا العبد فلا يكون لاحق
فلم يتحقق مناط العتق فلم يعتق وهذا المسلم مع التي تقدمت تحقق ان المعتبر في تحقق الاخرية وجود
سابق بالفعل في الاولية وفي الاولية عدم تقدم غيره لا وجود اخر متاخر عنه والا لم يعتق المشتري
في قوله اول عبد اشتريه فهو حر اذا لم يشتر بعده ولو اشتري عبدا ثم عبدا في قوله اخر عبد اشتريه
فهو حر ثم مات الموالي عتق الاخر انتا قالانه فرد لاحق لم يعقبه غيره واختلفوا في وقت عتقه فقال
ابو حنيفة يعتق من يوم اشتراه حتى يعتبر عتقه من جميع المال ان كان اشتراه في الصحة والا عتق من

الثلث وما لا يعتق يوم مات المولى حتى يعتبر عتقه من الثلث سوا اشتراه في الصحة او المرض
وهو قولهما ان الاخرية لا تثبت الا بعدم شراء غيره بعد الموت فصار كانه قال ان لم اشتر بعدك
احرارا نت حر ولو قاله كان الشرط متحققا عند الموت فيقتصر عليه فكذا اذا كان معناه
ثابتا ولابي حنيفة رحمه الله ان الموت معرف للشرط وليس بشرط وانما الشرط اضافه بالاخريه
وهذه الصفة حصلت له من وقت الشراء لان هذه الصفة بعرضية الزوال بان يشتري بعده
غيره واذا مات ولم يشتر تبين انه كان اخرا من وقت الشراء فتبين به انه عتق من ذلك الوقت
كما لو قال لامراته ان حضت فانت طالق فرات الدم لا يحكم بطلاقها في الحال بل حتى تمتد ثلاثة
ايام فاذا امتد ظهر انها طلقت حين رات الدم حين ظهر ان ذلك الدم كان حيضا وكونه صفة
الاخريه انما تثبت بعد موت المولى وان العدم لا تحقق الا بالموت صحيح لكنه لم يجعل الشرط
عدم الشرا بل امرا اخر لا تحقق ظهوره الا به فلا يقع عنده معتصرا الا لو كان هو نفس الشرط
فاذا كان المظهر تحقق الشرط ثبت عنده مستندا وعلى هذا الخلاف اذا قال لغير امراته اتزوجها فهي
طالق ثلاثا فتزوج امرة ثم اخرى ثم مات تقع عند الموت معتصرا عندهما ومستندا عنده وفائدته
اي فائدة هذا الخلاف تظهر في حرمان الارث وعدمه فعندهما ترث لانه يحمل فارا حيث حكما
بطلاقها في اخر نفس من حياته ويلزمه مهر واحد ان كان دخل بها وكذا ان لم يكن دخل بها لانتظام الحاح
بالموت وتعتد عدة الوفاة والطلاق عند محمد وعند ابي يوسف عدة الطلاق لا غير ولو كان الطلاق
رجعيا كان عليها عدة الوفاة وعنده لا ترث لانها طلقت ثلاثا وقت تزوجها حتى لو دخل بها لزمه مهر بالدخول
ونصف مهر بالطلاق قبل الدخول وتعتبر عدة الطلاق وهذا بخلاف قوله ان لم اتزوج عليك فانه اذا مات
يشترط لانقضائها على الحال بالاتفاق انه صح بكون الشرط عدم التزوج وهو ان يموت قبلها فيتحقق به الشرط
وليس مثل الاول لان مع اخر جزء من حياته اخرجه من العدم المجعول شرطا فلم يكن العدم السابق علم الشرط
اذ لم يوجد اخر اجزا الشرط لا تحقق الشرط بطلاق الاخريه فانا نتم بذلك الشرط الى اخر ما ذكرناه ولو قال
لامراته اتزوجها فهي طالق فتزوجها ثم اخرى ثم طلق الاولى ونزوجها ثم مات لم تطلق هي وتطلق
التي تزوجها مرة ثانية لان التي اعاد عليها الزوج انصفت بالاولية فلا تتصف بالاخريه كقوله لاخر عبد
اشتريه وضرب عبدا ثم اخر ثم اعاد الضرب على الاول ثم مات عتق الذي ضربه ثانيا لانه العائد
عليه **قوله** ولو قال كل عبد يشتريه فهو حر فبشر ثلاثة وهو حر فبشر ثلاثة متفرقين اي متعاقبين
عتق الاول منهم فقط لان البشارة انما تحققت منه لانها اسم لخبر تتغير بشرة الوجه ويشترط
كونه سارا في العرف واما في اللغة فهو ما يغير البشرة سارا او ضارا قال تعالى فبشرهم
بعذاب اليم ولان اذا وقع بالكره فمن بذكر ما به الوعيد كما في الاية المذكورة فلو ادعى انه في اللغة
اعم خاص بالمحبوب وما ورد في الكروه فمجاز دفع بمادة استعماله وهي البشرة فانها تغير
ان لذلك الخبر اثرا في البشرة ولا شك ان الاخبار بما يخافه الانسان يوجب تغير بشرته
في الغالب هذا المعروف كما يتغير بالمحبوب الا ان على العرف بنا الايمان وان بشروه معا
عتقوا الان البشارة تحققت من الكل قال تعالى فبشروه بغلام عليم فنسبها الى جماعة تحققها
تحقق بالاولية من وزاد اكثر واصله ما روي انه صلى الله عليه وسلم مر بابن مسعود وهو يقرا
القران فقال صلى الله عليه وسلم من احب ان يقرا القران غضا طريا كما انزل فليقرا بقراءة ابن ام
عبد فاسند دالته ابو بكر وعمر رضي الله عنهما بالبشارة فسبق ابو بكر عمر فكان ابن مسعود يقول
حتى ذكر بشرني ابو بكر واصبت عمر ولو كان سكان البشارة اخبرني وابانا قال اخبرني والباقي
عالم عتق الكل ثم ان عدي بابانا قال ان اخبرني بقدوم فلان اشترط فيه الصدق فاذا كان
الصادق الخبر بنفس القدوم ولا يخفى انها انما يتصور بصوتها الاخبار بنفسه يعني بنفس الفرد

لفظا وهو الواقع في الكذب في اشتراط الصدق بناء على ان تحقق الالصاق انما يكون بالصاد الاخبار
بنفس الواقع بخلاف ما لو قال ان اخبرني ان فلانا قدم عتق كل من اضبح صدقا او كذبا وقد اورد
على اشتراط الصدق في البشارة ان تغير البشرة كما يحصل بالاخبار السارة صدقا كذلك يحصل
كذبا واجيب بانه ليس بمعتاد والوجه فيه نقل اللغة والعرف قوله ولو قال ان اشتريتك
فلانا فهو حر فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم يجزه لان وقوعه كفارة يحتاج الى نية الكفارة وهذه
النية ليست شرطا فرانها بعلة العتق وهي اليمين وهذا تساهل فان علة العتق هو قوله هو حر وهو
جزء اليمين فان اليمين هو مجموع التركيب التعليقي واذا كان الشرط ذلك والغرض انه لم ينو عند التكلم
به بل عند مباشرة الشرط لم يحصل شرط الكفارة فلم يجز عنها وهذا لان العتق وان كان ينزل عند
وجود الشرط لكنه لم ينزل بقوله انت حر السابق فانه العلة اما الشرط فشرط محض ولا يعتبر وجود
النية عنده فصار كما لو قال عبدي حر ان شاء ثم نوى عن كفارته لا يجزيه لان النية شرط متقدم لا متأخر
وانما صحت في الصوم على خلاف القياس حتى لو كان ينوي عند اذا اشتريته فهو حر عن كفارة يميني فاشتراه
عتق عنها وكذا لو قال هو حر يوم اشتريته يريد عن كفارتي وارد عليه ان الجزاء المعلق انما يتعقد
علة عند الشرط والشرط هو الشرط وقد قرنت النية بالعلة فينبغي عنها لقران النية بالعلة والجواب
انه لما كان قبل الشرط بعرضية ان يصير علة اعتبر الشرع له حكم العلة حتى اعتبرت الاهلية
عنده اتفاقا فلو كان مجنونا عند وجود الشرط وقع الطلاق والعتاق ولو كان مجنونا عند التعليق
لم يعتبر اصلا فكذا يجب ان تعتبر النية عنده قوله وان اشتري اباه ينويه عن كفارة عينه
اجزاه عندنا خلافا لزفر والشافعي ومالك واحمد وهو قول ابي حنيفة اولا لان العلة للعتق هي القرابة
المحرمة لا الشراء القريب لانها التي ظهر اثرها في وجوب الصلات كالنفقة فهي المؤثرة في العتق وانما
الملك شرط عملا بالسواء حصل بطريق الشراء او غيره كالهبة والارث واما ان يكون الشراء نفس العلة
فلاستحالة اثبات الملك والعتق لازالته وبينهما تناف فلا يكون العتق مقتضاه ولنا ان شراء القريب
اعتاق لما روى الستة الا البخاري كلهم من حديث سهل بن ابي صالح عن ابيه عن ابي هريرة عنه
صلى الله عليه وسلم انه قال لن يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه يريد فيشتريه فيعتق
هو عند ذلك الشراء وهذا الاجماع على انه لا يحتاج في اثبات عتقه الى اعتاق زائد بعد الشراء لا شك
ان القرابة ظاهرة الاثر فيه شرعا وقد رتب عتقه على شرايه بالفاء فلما علمت من ان المعنى فيعتق
هو نحو مثل مسقاه فاروه والترتيب بالفاء يفيد العلية على ما عرف مثل رحمي فمنجدوزني فاعمر
فرحم كما بينا في وجه قول زفر وغيره وقد ثبت ان الملك ايضا كذلك بالنص مع انه يشتمل على عين
حكمته وذلك ان في ترتيب العتق عليه تحصيلا لدفع مفسدة القطعية الحاصلة بملكه اياه كالهدم
والاستخدام والصحبة وهذه عين حكمة القرابة التي كانت هي العلة فوجب كون مجموع القرابة والملك علة العتق
فكذا اجتماعهما والشهرة عبارتنا القايلة شراء القريب اعتاق غير ان الشراء علة العلة اي علة
جزء العلة ولما كان الشراء الاختياري من تمام العلة بخلاف القرابة هو الجزء الاخير اضيف الحكم اليه
ولزمت النية عنده فاذا نوى عند الشراء انه يشتريه عن كفارته صح بخلاف ما اذا ملك الاب وغيره
بالارث فان الملك يثبت فيه بلا اختيار فلا تتصور النية فيه ولا يعتق عن كفارته اذا نواه لانها نية
متأخرة عن العتق على ما تقدم بخلاف ما اذا وهب له او اوصى له به او تصدق به عليه فنوى عند
القبول ان يعتق عن كفارته فانه يصح لسبقها محتملا انه السبب وما ذكرنا من الترتيب ظهر فساد
قولهم العتق مستحق بالقرابة لان العتق لا يثبت قبل تمام العلة واما الفاء التي ذكرت في قولهم
الشراء يوجب الملك والاعتاق ان الله فرتب على ظاهر اللفظ نحو قولنا شراء القريب اعتاق
وقد علمت انه انما يوجب الملك في القريب وملك القريب علة العتق فلا اضافة اليه اضافة الى علة

بعينه

بعينه والمتاخرة انما تثبت لو كان ازالة الملك نفس موجب الشراء لا بالذات وكان لا يليق بهذه
المسئلة وما بعدها فصل الكفارة قوله ولو اشترى ام ولده لم يجزه عن الكفارة وان نوى عند الشراء
كون عتقها عن كفارة يمينه قالوا ومعنى المسئلة ان يكون تزوج امة لغيره فاولدها بالنكاح ثم يتملكها
فاذا اشتريتك فانت حر عن كفارة يميني ثم اشتراها فانها تعتق لوجود الشرط وهو الشراء
ولا يجزيه عن الكفارة وانما صورت هكذا لانه يريد الفرق بين شراء الفريب عن الكفارة وشراء ام الولد
والا فالحاصل ان عتق ام الولد عن الكفارة لا يجزي حلفا ولا يجزي اداء والفرق بين الشرائين مع ان الشراء
في الفصلين مسوق بما يوجب العتق من وجه وهما القرابة والاستيلاد ان ام الولد استحقت العتق
بالاستيلاد حتى جعل اعتاقا من وجه قال صلى الله عليه وسلم اعتقها ولدها فهي قبل الشراء قد عتقت من
وجه فلم يحل عتقها بالشراء او تتميزا اعتاقا من كل وجه بل من وجه دون وجه والواجب بالحنث في اليمين
وغيره من الكفارات اعتاق من كل وجه بخلاف شراء القريب فانه اعتاق من كل وجه لانه لم يكن قبل الشراء
اعتق من وجه بخلاف ما لو قال لغته ان اشتريتك فانت حر عن كفارة يميني حيث يجزيه اذا اشتراها
لان حريتها غير مستحقة بجهة اخرى فلم يحتمل اضافة العتق الى الكفارة وقد قارنته النية فكمل الموجب
قوله ومن قال ان تسريت جارية فهي حرة اعلم ان التسري مما تفعل من السرية وهو اتخاذها والسرية
ان كانت من السرور فانها تسر بهذه الحالة ويسر هو بها او من السرو والسيادة فضم سينها على الاصل
وان كانت من السر بمعنى الجماع او بمعنى ضد الجهر فانها قد تخفى عن الزوجات الحرائر ففيهن من تغييرات
النسب كما قال ادهر بالضم في النسبة الى الدهر وفي النسبة الى السهل من الارض سهلي بالضم والفعل
منه حسب اعتبار مصدره فان اعتبرا التسري قيل تسريت بابدال الياء الفا لتحركها وانفتاح ما قبلها
وان اعتبرا التسرر قيل تسرر وكان العباس لا يقول الا تسريت في المصدرين لما اتحاد السرية
لكن لوحظ فيه اصل السرية وهو السرور او السر واستعمل بهذين بابدال الياء الفا وخصت
لانها هي الاصل ومنه ما ذكره ابن الاثير عن عايشة وسيلت عن المتعة لا تجد في كتاب الله تعالى الا
النكاح والاستسرار والقياس الاستسرار لان همزته هي بدل الياء الواقعة طرفا بعد الف ساكنة
كهمزة كساء ومعنى التسري عند ابن حنيفة ومحمد ان يحصن امته ويعدها للجماع افضى الى ايتائه
او عزل عنه وعند ابي يوسف ونقل عن الشافعي رحمه الله ان كما يعزل ماؤه مع ذلك فعرف انه لو وطئ
امة له ولم يفعل ما ذكرنا من التحصين والاعداد لا يكون تسريا وان لم يعزل عنها وان علقت منه و
لنا ان مادة اشتقاقه سوا اعتبرت من السرور او ما يرجع الى الجماع لوجود ذلك لا يقتضي الاثبات
فيها لان الجماع والسرور والسيادة كل منها تتحقق دونه فاخذه في المفهوم واعتباره بلا دليل
وكون العرف في التسري تحصينا لطلب الولد امر ممنوع بل العرف مشترك في الامرين هذا من الناس
من يقصد ذلك ومنهم من يقصد مجرد قضاء الشهوة من غير ان تلد له اذ اعرف هذا فاعلم انه اذا
حلف لا يتسرى فاشترى جارية فحصنها ووطئها فحنث ذكر القدوري في التجريد عن ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله تعالى ولو قال ان تسريت جارية فعبدي حر فاشترى جارية فتسراها
عتق العبد الذي كان في ملكه وقت الحلف ولو لم يكن في ملكه عبد فملك عبدا ثم اشترى
جارية فتسراها لم يعتق هذا العبد المستجد ولو قال ان تسريت جارية فهي حرة فتسرى
جارية كانت في ملكه يوم حلف عتقت وهي مسئلة الكتاب وهي اجماعية ولو اشترى جارية
بعد الحلف فتسراها لا تعتق عندنا ولا عند احد من الايمة الثلاثة مالك والشافعي واحمد
رضي الله تعالى عنهم وقال زفر تعتق لان التسري لا يصلح الا في الملك فكان ذكره ذكر الملك فكانه قال ان ملكت
امة فتسريتها فهي حرة وصار كما لو قال لاجنبية ان ملكتك فعبدي حر يصير الزوج مذكورا
في الملك بغير الملك وسببه والتالي باطل بالاجماع وهذا لان التسري ليس بنفس الملك وانما سببه

بل قد يتبقى بعده وقد لا يتبقى فان حقيقته ليس الا اعداد امة حصة للجماع فانما يستلزم وجوده وجود الملك سابقا على ابدا التحصين والاعداد او مقارنا وهذا القدر لا يستلزم احضاره عند التكلم اصلا فضلا عن حضوره ثم تقديره مرادا لانه ليس لازما بينا للمدلول اللفظ في الذهن بل لازم الوجود في الخارج واللوازم الخارجيه لا يلزم تعقلها تعقلا ما هو ملزوم لها في الخارج كما لو قال ان ملكت امة وتسريتها فهي حرة فانه صرح بحمل الشرط الملك خلاف ما قاس عليه من قوله لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر لان عتق عبد الغانم في ملكه ليس لاعتبار الشرط بجموع ان تزوجتك ثم طلقتك فعبدي حر بل لاقتضاء الشرط الملك غير ان الشرط هناك اذا ثبت يقتضاه ثبت الجزاء وهو عتق عبد اما هاهنا لو ثبت التسري لا يثبت عتق السري بل احتياجه الى امر زايد على مجرد الشرط شرعا وهو كونه في ملك او سببه فلهذا ثبت الملك ههنا ضرورة صحة التسري به فقط لان الثابت ضرورة امر انجاز وزمام لا يثبت عند التسري عتقه لاحتياج عتق غير المملوكة بالاعتاق المعلق قبل ملكها الى كونه معلقا بالملك او سببه ولم يوجد فظهر ان هذا ليست وزان مسئلتنا واما وزانها لو قال للاجنبية ان طلقتك واحدة فانت طالق ثلاثا ثم تزوجها فطلقها واحدة ونحن نقول في هذا تطلق الاخرتين ايضا قياسا لو طلقها واحدة بعد ان تزوج لما ذكرنا من ان شرط الطلاق الواقع بالتطليق المعلق قبل الزوج كونه معلقا بالملك او سببه ولم يوجد ثم قد يقدر اللفظ الدال على المعنى فيصير معتبرا لفظا وان لم يكن مدلولا التزاميا للتصحيح الجزافيا اذا علم ان غرض الحالف انما هو عرف قصد وجود الشرط ليوجد الجزاء كما قدر ابو حنيفة لفظ حيا في قوله ان ولدت ولدا فهو حر لتصحيح الجزاء للعلم بان غرضه وجود الشرط وهو الولادة واحمل عليها وتخفيفا عليها وفيما ليس كذلك بل يعرف ان الغرض منع الشرط بمنع نفسه عنه لا يجوز التقدير لتصحيح وقوع الجزاء وحلف التسري من هذا القبيل وقد سبق هنا قبيل ان زفر لا يقول بالمقتضى حتى حكم في قوله اعتق عبدك عني بالف انه يعتق عن المامور فكيف حالف هناك حكم باعتبار وتقدير واجيب بانه لا يلزمنا اصلاحه لانه فاسد مناقضة لا تضرنا ومنهم من اجاب بانه ليس عنده من باب المقتضى بل من دلالة النص حيث كان فهم الملك ثابتا عند فهم معنى التسري واعترض بان الدلالة لا بد فيها من صورة اصل وقوع علة حتى قيل في قياس غير انه لا يتقرر الا لاهلية الاجتهاد في فهم حكم المسكوت فالوجه كون هذا اللفظ في العرف بمعنى ان وطيت مملوكة فكانت الدلالة بطريق العبارة وقد نقلنا في تحرير الاصول عن شيخ الاسلام تقسيما للدلالة بمعنى لا لزام وان لم ترضه هذا والتحقيق ان ليس هذا من المقتضى لان المقتضى ما يكون متوقفا لضرورة تصحيح الكلام الظاهر عدم صحته لغة مثل رفع الخطا او شرعا مثل اعتق عبدك عني وقول القايل تسريت ولا يساعده ولا يكذبه فيحتاج في تصحيحه الى التقدير ازالة للخطا تصحيحا للمالم يصح ظاهرا وهذا ليس على وزان ما قلناه في ان الملك بل الحق انه في اللغة والعرف واحد وهو اعداد المملوكة الى اخره لا اعداد الاعم منها ومن المزني جزءا فهو مدلول تضمني من قبيل العبارة **قوله** ومن قال كل مملوك لي حر يعتق امهات الاولاد ومدبروه ومعيده لوجود الاضافة المطلقة في هؤلاء اي اضافة الملك التام في هؤلاء الى السيد ثابتة رقبة ويدا فدخلوا فيعتقون وتدخل الاماء والذكور ولو نوى الذكور فقط صدق ديانة لا قضاء لانه نوى التخصيص في اللفظ العام ولو نوى السود دون غيرهم لا يصدق قضاء ولا ديانة لانه نوى التخصيص بوصف ليس في لفظه ذكر ولا عموم الا للفظ فلا تعمل نيته بخلاف الرجال لان لفظ كل مملوك للرجال حقيقة لانه تميم مملوك وهو الذكر وانما يقال للانثى مملوكة عند الاختلاط ليستعمل لها المملوك عادة يعني اذا عمم مملوك بادخال كل ونحو شمل الاناث حقيقة كما ذكر في جمع المذكر كالمسلمين والواو في فعلوا على انه عند الحنفية والحنابلة حقيقة في الكل فلذا كان نية الذكور خاصة خلاف الظاهر فلا يصدق قضاء ولو نوى النساء وحدهن لا يصدق لا ديانة ولا قضاء ولو قال لم انو المدبرين في رواية يصدق ديانة لا قضاء وفي رواية لا يصدق ديانة ولا قضاء

قوله

ولا يعتق مكاتبوه يعني بقوله كل مملوك لي حر ولذا لا يعتق البعض عند ابي حنيفة رحمه الله لان الملك فيهم غير ثابت يدا ولهذا لا يملك اكسابه ولا يحل له وطء المكاتبة بخلاف ام الولد والمدبر فاختلت اضافة الملك اليهم فلا بد من ان يتوهم بلفظ كل مملوك وعلى هذا ينبغي لو قال كل سرقوت لي حر ان يعتق المكاتبون لان الرق فيهم كامل ولا يعتق ام الولد الا بالنية **قوله** ومن قال لنسوة هن طوالق او هن وهن طلقت الاخيرة وله اختيار في الاوليين لان كلمة او احد المذكورين وقد دخل بين اوليين ثم عطف الثالثة على المطلقة منهما والعطف يشترك في حكم المعطوف عليه وحكمه هنا الابانة المنجزة وانما التوقف في التعيين فصار كما اذا قال احداكما طالق وهن وكذا اذا قال لعبيده هذا حر او هذا وهذا اعتق الاخير وتخيير في الاوليين لما بينا ومثله لو قال لفلان علي الف او لفلان وفلان كان نصف الالف للثالث وعليه بيان من له النصف الاخر من الاوليين وقد يقال العطف بالواو كما يصح على الاحد المذكور من هن او هن يصح على هن الثانية وحينئذ لا يلزم الطلاق في الثالثة لان التردد حينئذ من الاولى فقط والثانية والثالثة هو ما يلزمه البيان لذلك

باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك من الطلاق والعتاق والضرب ولما كان الايمان في هذه التصرفات اكثر منها على الصلاة والحج والصوم وما بعدها قدمها واعلم والحاصل ان كل عقد ترجع حقوقه الى المباشر ليستغنى الوكيل فيه عن نسبه العقد الى الموكل ولا يحنث الحالف على عدم فعل مباشرة المامور لوجوده من المامور حقيقة وحكما فلا يحنث بفعل غيره لذلك وذلك كالحلف لا يبيع ولا يشتري ولا يوجر ولا يستاجر ولا يصالح عن مال ولا يتاسر وكذا الفعل الذي يتسبب فيه ويحتاج الوكيل الى النسبة الى الموكل كما اذا حلف لا يخاصم فلانا فان الوكيل يتوقف ادعى لموكلي وكذا الفعل الذي يقتصر اصل الفايدة فيه على محله كضرب الولد فلا يحنث في يمين من هذا بفعل المامور وكل عقد لا ترجع حقوقه الى المباشر بل هو فيه سفير وناقل عبارة يحنث فيه بمباشرة المامور كما يحنث بفعله بنفسه وذلك اذا حلف لا يتزوج فوكل به او طلق او يعتق مالا او بالمال او لا يكاتب او لا يهب او لا يتصدق او لا يوصي او لا يستوفي او لا يصالح عن دم العمد او لا يودع او لا يقبل الوديعة او لا يستعير او لا يستعير وكذا كل فعل ترجع مصلحته الى الامر كالحلف لا يضرب عبده او لا يذبح شاته فانه يحنث بفعل المامور ومنه قضاء الدين وقبضه والكسوة والحمل على دابته وخياطة الثوب وبناء الدار **قوله** ومن حلف لا يبيع ولا يشتري او لا يوجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث لان العقد من العاقد امن الحالف حقيقة وهو ظاهر وحكما حتى رجعت حقوق العقد اليه وكان هو المطالب بالتسليم للثمن او المثمن والمخاصم بالعيب وبالعين الموجرة والاجرة ولهذا لو كان العاقد بطريق الوكالة في هذه هو الحالف لا يبيع لا يحنث في عينه لصدق انه باع واشترى واستاجر حقيقة وحكما وهذا قول الشافعي في الاظهر وعند مالك واحمد يحنث لان الامر يضيره لانه فعله بنفسه كما لو حلف لا يحلق راسه فامر من حلقه له حنث قلنا لم يوجد الفعل منه حقيقة ولا حكما وهو الشرط للحنث بل من العاقد حقيقة وحكما وانما الثابت له حكم العقد الذي هو الملك لا كل حكم وان كان الحكم الاعم بخلاف الحلف ان اليمين لم ينعقد فيه على حلفه بنفسه لانه غير معتاد وانما انعقدت على الحلق مطلقا فيحنث بفعل الغير كالوحلف بنفسه بان كان ممن يقدر على ذلك ويفعل وقوله اما ان ينوي ذلك استثنا من قوله لم يحنث يعني فاذا نوى البيع بنفسه او وكل يحنث ببيع الوكيل او يكون الحالف ذا سلطان لا يتولى العقود بنفسه فانه يحنث وان لم ينو لان مقصوده من الفعل ليس الا الامر به فيوجد سبب الحنث بوجود الامر به للعاده فان كان السلطان ربما يباشر بنفسه عقد بعض المبيعات ثم لو فعل الامر بنفسه حنث ايضا لانعقاده على الاعم من فعله بنفسه او مامور ولو كان رجلا

بباشر بنفسه مرة وبوكل اخرى تعتبر العلبة وكل فعل لا يعتاده الحالف كما ينا من كان كحلفه
لا يبني ولا بطين انعقد كذلك **قوله** ومن حلف لا يتزوج او لا يطلق او لا يعتق فوكل بذلك
حنث يعني اذا فعله الوكيل وهو قول مالك واحمد ووجه ذلك ان نفيه والكثر هم لا يحنث لانهم ان فعل
وانما نسبته الى الامر مجازا لانه يحنث عند هم فعل نفسه كما يفعل المامور وفيه جمع بين الحقيقة
والمجاز وانما نا بوه قلنا لما لم يملك اضافته الى نفسه بل لا يستغني عن اضافته الى موكله كان
ناقل عبارة للموكل فاضاف العقد كله لفظا وحكما اليه فيحنث . به الا ترى انه يقال بنى الامير
للمتكلم بالامر عبر عن مراده حكمة هذا ليس كلام هذا الرجل بل كلام فلان فكان المعقود عليه عدم لزوم
احكام من المعقود نظرا الى الغرض وهو اعم مما يلزم بمباشرته لو مباشرة مامور وليس فيه
جمع بين الحقيقة والمجاز ولو قال عنيت ان لا اتكلم به لم يدين في القضا خاصة وفيما بينه وبين
الله تعالى يدين ولو طلقها او قال انت طالق باين حنث ولو آلى منها فمضت المدة حتى بانت حنث
عند ابي يوسف لان الايلا طلاق موصل فعند مضيها يقع مضافا الى الزوج وعند زفر لا يحنث لان
الطلاق انما وقع حكما وفعا لصورة فلا يكون شرط الحنث موجودا ولو كان عبدا فعتق بينهما
بعد المدة لم يحنث في قول زفر وعن ابي يوسف روايتان ولو زوجه فضولي فاجاز بالقول حنث
وعن محمد لا يحنث وفي الاجارة بالفعل اختلاف المشايخ قال ـــ شمس الائمة والاصح عندي
لا يحنث لان عقد النكاح يختص بالقول فلا يمكن جعل المجيز بالفعل عاقدا له والفرق بين كون التوكيل
بعد اليمين او قبله ولو وكل بالطلاق والعتاق ثم حلف لا يطلق ولا يعتق ثم طلق الوكيل او اعتق
حنث لان عبارة الوكيل هذا منقولة اليه **قوله** ولو حلف لا يضرب عبده او لا يذبح شاته فامر غيره
فعل حنث لان له ولاية ضرب عبده وذبح شاته فيملك توليته غيره فلملكه اياه انتقل فعل
الضرب اليه بواسطة الامر به ثم منفعته راجعة الى الامر على الخصوص وهو ما يحصل من ادبه
او انزجاره فيجعل مباشرا اذ لا حقوق ترجع الى المامور وفرض المسئلة في ضرب عبده احترازا
عما لو حلف لا يضرب حرا فانه لا يحنث بالامر به لانه لا ولاية له عليه فلا يعتبر امره الا ان يكون
المحالف سلطانا او قاضيا لانهما عليهما ضرب الاحرار حدا وتعزيرا فملكا الامر به ولو قال عنيت
ان لا الى ذلك بنفسي دين في القضا بخلاف ما تقدم من الطلاق وغيره ووجه الفرق ان الطلاق
ليس الا تكلم بكلام شرعي يوجب اثرا شرعيا في المحل وهو الفرقة والامر بذلك مثل التكلم به لان المامور
به كالرسول به والسان الرسول به كلسان المرسل بالاجماع فاذا نوى التكلم به خاصة فقد نوى خلاف
الظاهر فلا يصدقه القاضي من حيث انه يتكلم بكلام داخل تحت ولاية المرسل مع فرض ان مقتضياته
ترجع اليه وهي الحقوق وحقيقة المراد ان الطلاق وما معه لما كان لفظا يثبت عنده اثر شرعي
فالحلف على تركه حلف على ان لا توجد الفرقة من جهته وهذا المعنى اعم من ان يتحقق بمباشرته او بمباشرة
المامور فنية احدهما خلاف الظاهر اما الذبح والضرب ففعل حسي لا يتوقف تحقق اثره على الامر لان
الضرب يثبت مع اثره من الفاعل بلا اذن فنسبة الفعل الى الامر مجازية باعتبار نسبة ما ذلك وهو
ان لا يفعله بنفسه فقد نوى حقيقة كلامه بخلاف الكلام المجعول اسبابا شرعية لا تثبت
تلك الآثار به الا باذن من ولاية فلما كان للاذن فيها اثرا استقلاليا الى المكلف قالوا وثبوت تصديقه
قضاء في ضرب العبد رواية في تصديقه قضاء في الطلاق لان حقيقة كلامه المباشرة فيهما
فيصدق في القضاء وهو قول الشافعي والحق ان الفرق ثابت ولكن تأثير في اختلاف الحكم غير
ظاهر فان كون الفعل تتحقق اثره بلا اذن والقول لا يتحقق اثر الشرعي الا باذن لا يجزم عنده
بلزوم الفرق المذكور **قوله** ومن حلف لا يضرب ولده فامر انسانا فضربه لم يحنث في يمينه
لان منفعة ضرب الولد عائدة الى الولد المضروب وهي التاديب والتثقيف اي التقويم وترك

الاعوجاج في الدين والمروة والاخلاق فلم ينسب فعل المامور الى الامر وان كان يرجع الى الاب ايضا
لكن اصل المنافع وحقيقتها انما ترجع الى المنتصف بها فلا موجب للنقل واما في عرفنا وعرف عامة الناس
يقال ضرب فلان اليوم ولده وان لم يباشر وتقول العامي لولده غدا اسقيك علقة ثم يذكر المضروب
الولد ان يضربه فيعد الاب نفسه قد حنث ايمانه ذلك ولم يكذب لمقتضاه ان يحنث على معنى لا يقع
بك ضرب من جهتي ويحنث بفعل المامور **قوله** ومن قال ان بعت لك هذا الثوب فهو حر الى اخره
لا شك انه يصح بعت لك هذا الثوب وبعت هذا الثوب لك بمعنى واحد اما جعل المخاطب مشتريا له
فيها فاللام للاختصاص واما على جعلها فيها للتعليل اي بعته لاجلك فهي ايضا تفيد الاختصاص على ما ذكروا
لكن الوجه الظاهر في الاستعمال انه اذا دخلت اللام الفعل متوسطة بينه وبين المفعول نحو بعت لك
هذا كانت للتعليل ووجه افادتها الاختصاص هو انها تضيف متعلقها المدخول لها ومتعلقها الفعل ومدخولها
كان المخاطب فيفيد ان المخاطب مختص بالفعل وكونه مختصا به يفيد ان لا يتيسر تعاد الحلاق فعلا الا من جهته
وذلك بكون بامره واذا باع باسره كان بيعه اياه من اجله وهي لام التعليل فصار المعقود عليه انما بيع
من اجله فاذا دس المخاطب نوبه بلا علمه فباعه لم يكن باعه من اجله لان ذلك لا يتصور الا بالعلم باسره
به ويلزم من هذا كون هذا لا يكون الا في الافعال التي تجري فيها النيابة كالصياغة بخلاف ما لو صاغ
خاتما وكذا ان خطت لك وان بنيت لك بيتا بخلاف ما اذا قال ان بعت ثوبا لك حيث يحنث اذا باع
ثوبا مملوكا للمخاطب سواء كان باذنه او بغير اذنه لان المحلوف عليه يوجد مع امن وعدم امره وهو بيع
ثوب مختص بالمخاطب لان اللام هنا اقرب الى الاسم الذي هو الثوب منه الى الفعل والوجوب من اسباب
الترجيح فيوجب اضافتها الثوب المدخولها على ما سبق ومثله ما لو وليت فعلا لا تجزي فيه النيابة
مثل الاكل والشرب وضرب الغلام لانه لا يحتمل النيابة فلو قال ان اكلت لك طعاما او طعاما لك او شربت
لك شرابا او شرابا لك او ضربت لك غلاما او غلاما لك او دخلت لك دارا او دارا لك فانه يحنث
بدخول دار مختص بها المخاطب اي تنسب اليه واكل طعام يملكه سواء كان باسره او بعلمه او دونهما
ثم ظهر ظهير الدين ان المراد بالغلام الولد لان ضرب العبد يحتمل النيابة والوكالة فكان كالاجارة
قال تعالى فبشروه بغلام عليم وقال قاضي خان المراد به العبد للعرف ولكن الضرب عما لا يملك بالعقد
لا يلزم ومحل الضرب يملك به فانصرف اللام الى ما يملك لا الى ما لا يملك **قوله** ومن قال لعبد
حر ان بعته فباعه على انه بالخيار عتق لوجود الشرط وهو البيع والغرض ان الملك فيه قايم لان
خيار البايع لا يوجب خروج المبيع من ملك البايع فينزل الجزا بوجود المحل ولو باعه بيعا فاسدا
فان كان العبد في يد المشتري مضمونا عليه بان كان غصبه لا يعتق كما في البيع الصحيح البات لانه
كما تم البيع زوال العبد عن ملك البايع الى المشتري قبل وهذه تدل على ان المعلول مع العلة في الخارج وعقيب
الشرط فان البيع كما هو علة للملك هو شرط لثبوت العتق لذلك العبد فكان المعلول وهو الملك
اسرع ثبوتا من المشروط الذي هو العتق حيث وجد ملك المشتري قبل وجود العتق ويلزم ان يقال
بل انما قارن الاعتاق زوال الملك فلم ينزل العتق لانه بدون فلم يصادف الملك وتقدم مثل هذا
وجه تعيين المسئلة بكون البيع بشرط الخيار دلالة انه لو قال ان بعت هذا العبد فهو حر فباعه بيعا
باتا لا يعتق **قوله** وكذلك ان قال المشتري ان اشتريته فهو حر فاشتراه على انه بالخيار
يعني للمشتري يعتق ايضا اما اذا اشتراه شراء فاسدا باتا فان كان في يد مضمونا لانه غصبه
عتق لانه صار معتقا ملك نفسه ولو كان شراء صحيحا عتق بطريق الاولى لان الشرط قد تحقق
وهو الشرا والملك قايم فيه اما على قولهما فظاهر واما على قول ابي حنيفة فلان العتق الواقع في هذا
العبد بسبب تعليق هذا المشتري والمعلق بالشرط كالمنجز عنده وهو لو اشتراه بشرط الخيار
واعتقه قبل اسقاط الخيار عتق وثبت الملك سابقا له شرطا اقتضاء كذا هذا وارد طلب

الفرق بين هذا البيع وبين النكاح الفاسد على قول ابي حنيفة رحمه الله حيث لا يتبع به العتق فما اذا قال ان تزوجت فعبدي حر فتزوج نكاحا فاسدا مع ان كلا منهما لا يفيد الملك واجيب بان البيع وان لم يستعقب الملك فهو بيع تام على وفق الدليل وهو الايجاب والقبول في محله فكان موجبه وجود الشرط بخلاف النكاح فانه اذا صح كان على خلاف الدليل اذ الحرية تنفي ورود الملك عليه اذا كان فاسدا فلا يحكم به الشرط الا اذا صح ويمكن ان يقال لا ورود لهذا السؤال فان هذا البيع وان كان بشرط الخيار للمشتري فانه يعتق الملك له لسبب خاص فيه وهو تعتيقه السابق حق من لشتريه فانه يلزم ان ينزل العتق عند الشرط الا انه الشرط وليستلزم سبق الملك اقتضاء ومثله لا يتصور في النكاح واورد منع كون المعلق كالمنجز لان المنجز لو لم يثبت عند الخيار والحكم ينفذ منه بلفوا والمعلق لا يلزم الا ان قوله لان الملك يثبت بعد مضي مدة الخيار فينزل اذ ذاك ولا يلغوا واجيب لما امكن ان يجزي فيه ما يجزي في المنجز والعتق يحتاط في اثباته وجب اعتبار اداة اذا والا جاز ان يفسخ قبل المدة فلا يعتق بخلاف ما اذا اشتري اباه بشرط الخيار لا يعتق لان تمضي المدة عند ابي حنيفة لعدم الملك فانه لم يوجد منه تكلم بالاعتاق بعد الشراء بشرط الخيار حتى ليسقط خياره انما يعتق على القريب بحكم الملك والملك للمشتري بالخيار والشارع انما علق عتقه في قوله من ملك ذا رحم بالملك لا بالشراء اما هنا فالايجاب المعلق صار منجزا عند الشرط وصار قابلا لان حر فيه فسخ الخيار ضرورة

قوله ومن قال ان لم ابع هذا العبد وهذه الامة فامرأته طالق فاعتق او دبر تدبيرا مطلقا طلقت لان الشرط وهو عدم بيعه فلا تحقق بوقوع اليأس عنه بفوات المحلية بالعتق والتدبير هذا كما لو علق طلاقها بعدمه فمات او مات العبد فانها تطلق لوقوع اليأس ولورده عليه منع وقوع اليأس في العتق مطلقا بل في العبد اما في الامة فجاز ان ترتد بعد العتق فتسبى فتملكها وهذا الخلاف فيعتقها وفي التدبير مطلقا بجواز ان يقضي القاضي ببيع المدبر واجيب بان من المشايخ من قال لا تطلق لهذا الاحتمال والصحيح انها تطلق لان ما قرر من الامور الموهومة الوقوع فلا يعتبر لان الحلف على بيع هذا الملك لا كل ملك واجيب ايضا عن المدبر فان بيعه بيع قن لانتفاع التدبير بالقضاء فيعتق ولا فرق بين كون العبد ذميا او مسلما وبحرى الخلاف المشايخ فيه والصحيح

قوله واذا قالت المرأة لزوجها تزوجت علي فقال كل امرأة لي طالق ثلاثا طلقت هذه التي حلفته بالقضاء وان قال نويت غيرها صدق فيما بينه وبين الله تعالى وتطلق في القضاء وهذه مسئلة الجامع الصغير ولم يحك خلافا وذكر ذا عن ابي يوسف في شروح الجامع الصغير انها لا تطلق واختان شمس الائمة وكثير من المشايخ لان الكلام خرج جوابا فينطبق على السؤال فكانه قال كل امرأة لي غيرك طالق وهذا لانه لان عزضه ارضاء وهو ايحاشها وهو ظاهر الرواية ان اللفظ عام ولا مخصص لانه ان كان لقصد عزضه ارضاءها وجاز كون عزضه ايحاشها عند اطلاعه عليه فيما احل الله له فكان محتملا لكل من الامرين فلا يحكم بتعيين كل منهما زيادة على قدر الجواب اذ يكفيه ان يقول ان كنت قلت ذلك فغير طالق فلما لم يقتصر جعل مستثنيا تحرزا عن الالغاء

فروع قال لها اليك حاجة اقضيها فقال لا ثم حلف على ذلك بالطلاق والعتاق فقال حاجتي ان تطلق زوجتك ثلاثا له ان لا يصدقه انه ندم وانما حلف ليطيعنه في كل ما يأمر به وينهاه عنه ثم نهاه عن جماع امرأته فجامعها الحالف لا يحنث الا ان كان ما يدل على قصده لان ذلك عند خليفة على الطاعة لان الناس لا يريدون به النهي عن جماع المرأة عادة لا يريدون النهي عن الاكل والشرب حلف لا يطلق امرأته فكل طلاق يضاف اليه يحنث به حتى لو وقع عليها طلاق بعض من الا يلا يحنث لانه لا يضاف اليه فلا يحنث بتفريق القاضي للعنة واللعان وبالاباء خلع الفضولي بالفعل ويحنث لو اجاز بالقول قال امرأتي طالق ثلاثا ان دخلت الدار اليوم فشهد شاهدان انه دخلها اليوم فقال لعبده حر ان كنت رأيتني دخلت لم يعتق عبده بقولهما

رأيناه دخل حتى يشهدا جزافا بأن عبر بما ان الاوليان رأياه دخل ادعت انها امرأته فحلف وطلاق زوجة اجنبي له ما لم امرأته فاقامت بينة انها امرأته فقال كانت امرأتي فطلقتها ثلاثا لا يحنث حلف ما له عليه شيء فشهدا ان له عليه الفا وقضى به القاضي يحنث في قول ابي يوسف خلافا لمحمد حتى لو كان الحالف بطلاق فرق بينهما عند ابي يوسف خلافا له بخلاف ما لو شهد انه اقر عنده انه فلان المسلة بحالها لا يحنث في قولهما حلف بطلاق واحد يريد به واحدة او اكثر تحرى ويعمل بما يقع عليه التحري فان استوى ظنه يأخذ بالاكثر احتياطا قال عمرة طالق الساعة او زينب ان دخلت الدار لم يقع الطلاق على احدهما حتى يدخل الدار فاذا دخلت احداهما خير في ايقاعه على ايهما شاء ولو اتهمت امرأة بالسرقة فاستر زوجها ان يحلف بطلاقها انها لم تسرق فحلفت فقالت قد كنت سرقت فللزوج ان لا يصدقها لانها صارت متناقضة حلف ان لم يجامع امرأته الف سنة فمضت مدة ومات طالق قالوا هذا على المعاقبة واعتقد بعضهم والسبعون كثير حلف لا يكلم ابن فلان وليس فلان ابن مولده له ابن فكلمه يحنث في قول ابي حنيفة وابي يوسف ولا يحنث في قول محمد والاصل انه يعتبر وجود الولد وقت اليمين وهذا وقت الكلام والله اعلم

باب اليمين في الحج والصوم والصلاة

قدمها بعد ما تقدم انها عبادات فترجح في نفسها فيقتضي ذلك ان تقدم الا ان يعرض ما يوجب تقديم غيرها من كثرة الوقوع المقتضية لاهمية التقديم

قوله ومن قال وعلي المشي الى الكعبة او في غيرها على المشي الى الحرام او الى الكعبة او بكل اب فعليه حجة لعمرة ماشيا وان شاء راكبا واهراق دما والتقييد بكونه في الكعبة مذكور في الجامع الصغير ليفيد ان وجوب احد النسكين بهذه العبارة ليس باعتبار انه مدلول اللفظ ولا المعنى لانه لا يلزم المشي الا بالصيرورة اليه فاذا كان فيه استعمال التسبب لحصوله والحق ان يقال ليس باعتبار انه مدلول اللفظ لان الواقع ان مدلول المشي ليس هو الحج او العمرة بل لا يستلزمه لجواز ان يمشي الى البيت ولا يفعل شيئا من ابتداء المعصية واما بان يقصد مكانا في اثناء المحل داخل الموقيت ليس بميقات فاذا وصل اليه صار حكمه حكم اهله وله بعد ذلك ان يدخل مكة والبيت بلا احرام وهذا لان من الحاجات ان يكون في البيت ويوجب المشي اليه سنة اخرى فيلزمه اذا مر ان يعود كما لو كان في بيت فقال والله لا اخلف هذا البيت فان عليه ان يخرج ثم يعود خلف ساعة ولا باعتبار الحكم بذلك مجازا باعتبار انه سبب الاحرام صونا لكلام العقلاء عن اللغو لانه ليس لازما لم يجز ان يقصد بسببه مكانا داخل المواقيت ليس بميقات كما ذكرنا ولا بالنظر الى الغالب وهو ان الذهاب الى هناك يكون بقصد الاحرام لما عرف من الغالط وهو ما اذا نذر الذهاب الى مكة كان قال علي الذهاب اولا على الذهاب الى مكة او السفر اليها او الركوب اليها او المسير او المشي انه لا يلزمه شيء وجه امكان ان يحكم بذلك ويأمر عن اللغو بانه تعورف ايجاب احد النسكين به فصار فيه مجازا للغو يا حقيقة عرفية مثل ما لو قال علي حجة او عمرة والا فالقياس كما ذكر المصنف ان لا يجب لهذا شيء لانه التزم ما ليس بقربة واجبة وهو المشي ولا مقصودة في الاصل ولو قيل بل هي واجبة فان المكي اذا قصد الى المشي يلزمه الحج ماشيا اجيب بان الشرط للزوم النذر على ما قدمناه بعد كونه من جنسه واجب ان يكون مقصودا لنفسه لا لغيره حتى لا يلزمه النذر بالوضوء لكل صلاة والمشي المذكور وكذا السعي الى الجمعة كذلك لمن لا يملك مركبا ويندر على المشي الا انه قد يكره عليه الطواف فانه واجب مقصود لنفسه لا شرط لغيره الا ان يراد من جنس المشي الى مكة واورد ان الاعتكاف يلزم بالنذر وليس من جنسه واجب اجيب بان شرطه الصوم ومن جنسه واجب وتوجيهه ان ايجاب الشرط وايجابا بعد فان وجوب الصوم فرع وجوب الاعتكاف بالنذر والكلام الان في صحة وجوب المشروع فكيف يستدل على لزومه بلزومه ولزوم الشرط فرع لزوم المشروط وان استدل بالاجماع او النص المتقدم لعدم نذر عمر الاعتكاف في الجاهلية فلم يقولوا بهذا الحديث بل يعرفونه عن ظاهره لانهم والشافعي لا يصحون نذر الكافر ثم قد يقال تحقق الاجماع على لزوم الاعتكاف بالنذر وموجب هذا اشتراط وجود

واجب من جنسه واذا نذر وفوه لا يجاب صار كقوله علي زيارة البيت ماشيا فانه موجب لذلك ولو اراد
بيت الله بعض المساجد لم يلزمه شئ وكذا لا يلزمه بقوله علي المشي بالبيت المقدس او مدينة رسول الله
صلى الله عليه وسلم شئ واورد انه اذا كان كقوله علي حجه او عمرة ينبغي ان لا يلزمه المشي لانه لو قال علي الحج
لا يلزمه والجواب ان الحق ان التقدير علي حجه او عمرة ماشيا لان المشي لم يعهد واعتباره شرعا
فانه روي عن ابن عباس رضي الله عنهما ان اخت عقبة بن عامر نذرت ان تمشي الى البيت فامرها النبي صلى الله
عليه وسلم ان تركب وتهدي هديا رواه ابو داود وغيره وسنده حجة وما في صحيح مسلم انه قال لتمش ولتركب
محمول اما على ذكر بعض المروي وعلى هذا اقتصر ناني كتاب الحج يعني ان محل الاشكال جواز ركوبها ولو اعد
كالو نذر الصوم بصفة التتابع ليس له ان يفرق ويتصدق بل لو فرق لزم استينافه فانتقد الراوي
على ذلك ليعيد دفع ذلك وعرف لزوم العدية من الحديث الآخر او محمول على حالة العجز فان في بعض طرقه
وانها لا تطيق ذلك ثم يعرف لزوم العدية من الحديث الآخر وقد ذكرنا بقيته هناك ذيلا طويلا وفروعا
جمة وان الراجح ان يلزمه المشي من حيث يحرم فيه من الميقات يعني فالخلاف فيما اذا لم يحرم منه
هل يلزمه المشي منه او من حيث يحرم فيه من الميقات او الاحرم من بيته لزمه المشي منه بالاتفاق واعلم
ان في بعض طرق حديث اخت عقبة قال والله هدي نه لكنهم عملوا باطلاق الهدي في الحديث الآخر الثابت
في الصحيحين واخرج الحاكم في المستدرك من حديث عمران بن حصين قال لما خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم
خطبة الامر نا بالصدقة ونهانا عن المثلة وقال ان من المثلة ان ينذر الرجل ان يحج ماشيا فمن نذرات
يحج ماشيا فليهد هديا وليركب وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه لكن حمل المطلق على المقيد اذا كانا في
حادثة واحدة واجب فتجب البدنة ثم المصنف رحمه الله ذكر هذا المذهب عن علي رضي الله عنه والمروي
عن علي من طريق الشافعي عن ابن عليه عن سعيد ابن ابي عروبة عن قتادة عن الحسن عن علي رضي الله
عنه في الرجل حلف على المشي قال يمشي فان عجز ركب واهدى بدنة ورواه عبد الرزاق عن علي بسند
صحيح فيمن نذر ان يمشي الى البيت قال يمشي فاذا اعيى ركب واهدى بجزور واخرج نحوه عن عمرو بن عباس
وقتادة والحسن واما ورود البدنة في خصوص حديث اخت عقبة بن عامر فاسند ابو يعلى في
مسنده حدثنا زهير حدثنا احمد بن عبد الوارث حدثنا همام حدثنا قتادة عن عكرمة عن ابن عباس
ان اخت عقبة ابن عامر نذرت ان تحج ماشية فسئل النبي صلى الله عليه وسلم فقال ان الله عز وجل غني
عن نذر اختك لتركب ولتهد بدنة واما اذا كان الناذر بمكة واراد ان يجعل الاحد الذي لزمه حجا
فانه يحرم من الحرم ويخرج الى عرفات ماشيا الى ان يطوف طواف الزيارة كغيره وان اراد استظهر
بمحمل فعليه ان يخرج الى الحل فيحرم منه وانما اختلفوا في انه يلزمه المشي في ذهابه الى الحل او الى يلزمه
الاعادة رجوعه منه بحر ما دا الوجه يقتضي انه يلزمه المشي لما قدمناه في الحج من انه يلزمه المشي من بلده
مع انه ليس بحرام بل هو ذاهب الى محل الاحرام فيحرم منه اعني المواقيت في الاصح لما قدمنا عن ابي حنيفة
لو ان بغداديا قال ان كلمت فلانا فعلي بان احج ماشيا فلقيه بالكوفة فكلمه فعليه ان يمشي من بغداد
ولو قال علي السفر الى بيت الله فقد علمت انه لا يلزمه شئ مع اخوانه ومثله الشد والرحلة
والسير الى مكة وكذا علي المشي الى اساس الكعبة او باب الكعبة او ميزابها او اسطوانة البيت او الصفا
او المروة والى عرفات ومزدلفة لا يلزمه شئ واختلفوا فيما اذا قال لله علي المشي الى الحرم او الى المسجد
الحرام قال ابو حنيفة لا يلزمه شئ وقال صاحباه يلزمه احد النسكين والوجه في ذلك ان يحمل على انه
تعورف بعد ابي حنيفة ايجاب النسك بها فتلتحق به كما تعورف بالمشي الى الكعبة ويرتفع الخلاف والا فالوجه
الذي ذكرناه متقابل وهو ان الحرم والمسجد الحرام يشتمل على الكعبة فذكر المشتمل ذكر للمشمول وهو الكعبة
ولو صرح بقوله لله المشي الى الكعبة لزمه فكذا ذكر المشتمل لان ايجاب اللفظ لتعارف عينه فيه وليس عين
المشي الى الحرم عينه وهو وجه ابي حنيفة **قوله** ومن قال عبدي حران لم احج العام فقال بعد انقضاء

حججت واقام العبد شاهدين على انه مضى العام بالكوفة لم يعتق عند ابي حنيفة وابي يوسف
ولم يذكر قول ابي يوسف مع ابي حنيفة في الجامع الصغير قاله صاحب المختلف وكذا لم يذكر الفقيه ابو
الليث في شرح الجامع الصغير وقال محمد يعتق لان في هذه شهادة قامت على امر شاهد وهو التضحية وكيف
لا يقبل ومن ضرورته اثبات الحج ذلك العام فيتحقق الشرط فيعتق ولهما انها قامت على النفي معنى لان المقصود
منها نفي الحج لا اثبات التضحية فان الشهادة على التضحية غير مقبولة لان المدعي وهو العبد لا حق له فيما يطلبه
لان الحق لم يتعلق بها وما لا مطالب له لا يدخل تحت القضاء واذا بطلت الشهادة على التضحية بقيت في الحاصل
على نفي الحج مقصورا والشهادة على النفي بالجملة فان قيل لا نسلم انها مطلقا باطلة بل النفي اذا كان مما يعلم
ويحيط به الشاهد صحت الشهادة عليه فانه ذكر في السير الكبير شهادة على رجل انه قال المسيح بن الله وانتقل
قول النصاري والرجل يقول وصلت به ذلك قبلت هذه الشهادة وبانت امرأته لاحاطة علم الشاهد به
اجاب المصنف بقوله غاية الامر ان هذا النفي يحيط به علم الشاهد لكنه لا تمييز بين نفي ونفي في عدم القبول
بان يقال النفي اذا كان كذا صحت الشهادة به وان كان كذا لا تصح بتيسيرا وتعذرا فلا تخرج الاداء في تمييز
نفي من نفي واما مسئلة السير فالقبول باعتبار انها شهادة على السكوت الذي هو امر وجودي وصار كشهود
الارث اذا قالوا نشهد انه وارثه لا نعلم له وارثا غيره حيث يعطى له كل التركة لانها شهادة على الارث
والنفي في ضمنه والارث مما يدخل تحت القضاء اما النحو ان كان وجوديا وينفي الحج في ضمنه لكنه لا يدخل
تحت القضاء كما ذكرنا فكانت الشهادة كعدم ما في حقه فبقي النفي هو المقصود بها واما ما في البسوط من ان الشهادة
على النفي تقبل في الشروط حتى لو قال لعبده ان لم ادخل الدار اليوم فانت حر فشهدا انه لم يدخلها
قبلت ويقضى بعتقه وما نحن فيه من قبيل الشروط فاجيب عنه بانها قامت بامر ثابت معاين
وهو كونه حاضرا فيثبت النفي ضمنا ولا يخفى انه يرد عليه ان العبد كما لا حق له في التضحية اذ لم تكن في نذره
العتق فلم تصح الشهادة بها لذلك لا حق له في الخروج لانه لم يجعل الشرط بل عدم الدخول كعدم الحج في مسئلتنا
فلما كان المشهود به مما هو وجودي متضمن للمدعي به من النفي المجعول شرطا قبلت الشهادة عليه
وان كان غير مدعى به لتضمنه المدعي به لذلك يجب قبول شهادة التضحية المتضمنة للنفي المدعى به
فقول محمد رحمه الله اوجه **قوله** ومن حلف لا يصوم فنوى الصوم وامسك ساعة ثم افطر من يومه
حنث لوجود الشرط وهو الصوم الشرعي اذ هو الامساك عن المفطرات على قصد التقرب وقد وجد
تمام حقيقته وما زاد على ادنى امساك في وقته تكرار للشرط وان مجرد الشروع في الفعل اذا تمت
حقيقته يسمى فاعلا وكذا انزل ابرهيم عليه السلام ذا بحاحيث امر المسلمين في محل الذبح فقيل له
قد صدقت الرؤيا بخلاف ما اذا كانت حقيقته تتوقف على افعال مختلفة كالصلاة فلذا قال فيمن
حلف لا يصلي انه اذا قام وقرأ وركع وسجد حنث اذا قطع فلو قطع قبل الركوع لا يحنث لانه لم يدخل
في الوجود تمام حقيقتها **قوله** ولو حلف لا يصوم يوما او صوما لم يحنث بصوم ساعة بل بتمام
اليوم اما في يوما فظاهر وكذا في صوما لانه مطلقا ينصرف الى الكامل وهو المعتبر شرعا كذا قلنا لو قال
لله علي صوم رجب علي صوم يوم كامل بالاجماع وكذا اذا قال علي صلاة يجب ركعتان عندنا لما يقال المقدر
مذكور وبذكر الفعل فلا فرق بين حلف لا يصوم ولا يصوم يوما وينبغي ان لا يحنث في الاول الا بيوم لانا
نقول الثابت في ضمن الفعل ضروري لا يظهر في غير تحقيق الفعل بخلاف الصريح فانه اختياري
يترتب عليه حكم المطلق فيوجب الكمال وقد اورد عليه ما لو قال لامرأته ان لم اصم هذا اليوم وكان بعد الاكل او بعد
الزوال او قال لامرأته ان لم اصلي اليوم فانت طالق فحاضت من ساعتها او بعد ما صلت ركعة صحت
اليمين وطلقت في الحال مع انه متمكن بذكر اليوم ولا كلام واجيب بان اليمين يعتمد التصور والصوم
بعد الزوال والاكل متصور كما في صورة الناسي وكذا الصلوة من الحائض لان ورود الدم يمنع كالنية في المستحاضة
الا ان الدم تشرع معه ادوار وهو حيض فقامت شرطا وايه خلاف مسئلة الكوز لان محل الفعل وهو الما

غير قائم اصلا فلا يتصور بوجه وهما ان السلسان اذا يصلحان مبتدأتين لسورتين لان كلا منا كان في المطلق وهو لفظ يوما ولفظ هذا اليوم ليس من قبيل المطلق لانه مقيد معرف والمطلقات هي النكرات وهي اسما الاجناس والافراد وعمرو مطلق ولا يقول به احد والمسلسان متكلمان على قول ابي حنيفة ومحمد لان التصور شرعا متنف وكونه ممكن بد صورة اخرى وهي صورة النسيان والاستحاضة لا يفيد فانه حيث كان في صورة الحلف مستحيلا شرعا لم يتصور المعلق عليه لانه لم يحلف الا على الصوم والصلاة الشرعيتين اما على قول ابي يوسف فظاهر انها ينعقدان ثم تحنث واعلم ان الخمر تاشي ذكر انه لو حلف انه لا يصوم فنوى عليه الجائز لانه لتعظيم الله تعالى وفي ذلك لا يحصل بالفاسد الا اذا كانت اليمين في الدار وظاهره يشكل على مسئلة الكتاب فانه حنثه بعد ما قال ثم افطر من يومه للان مسئلة الكتاب اصح لانها عن محمد في الجامع الصغير **قوله** ولو حلف لا يصلي فقام وقرأ وركع لم يحنث والقياس يعني على الصوم ان يحنث بالشروع وجه الاستحسان ان الصلاة عبارة عن افعال مختلفة فلم يات بها لم تسمى صلاة يعني لم يوجد تمام حقيقتها والحقيقة تنتفي بانتفاء الجزء بخلاف الصوم لانه ركن واحد وهو الامساك وتذكر ربا الجزء الثاني ولذا قال الفقيه ابو الليث لا فرق بينهما في الحاصل لان ما يوجد من ساعة مكررة من جنس ما مضى فصار صوم ساعة كصلاة ركعة يعني لانه يجتمع بها تمام الحقيقة ثم قال المصنف وان سجد مع ذلك يعني الركوع وما قبله ثم قطع حنث ويشكل عليه ما ذكر الخمر تاشي حلف لا يصلي يقع على الجائز فلا يحنث بالفاسد الا اذا كان اليمين في الماضي اي حلف ما صليت وكان على فاسدة لان الصلاة الماضية يراد بالخبر عنها التقرب بها ويصح الخبر عن الفاسدة اللهم الا ان يراد بالفاسدة ان تكون بغير طهارة فيكون ما في الذخيرة بانا لم وهو قوله حلف لا يصلي فصلى صلوة فاسدة بان صلى بغير طهارة مثلا لا يحنث استحسانا لان مطلق الاسم ينصرف الى الكامل وهو ما يتأدى حصول الثواب وسقوط الفرض قال ولو نوى الفاسدة صدق ديانة وقضاء لان الفاسدة صلاة صورة واطلاق الاسم على صورته مجازا جائز فقد نوى ما يحتمله لفظه ونيته تغليظ على نفسه لان مع هذا يحنث بالصحيحة ايضا وليس في هذا الجمع بين الحقيقة والمجاز وانما طريقه انه في الصحيح ما في الفاسد وزيادة على شرط الحنث فلا يمنع الحنث ولو كان عقد يمينه على الماضي بان قال ان كنت صليت فعلي الجائز والفاسد ثم فرق بين لا اصلي ولا اصلى صلاة حيث يحنث بركعة قال في صورة حذف المفعول المنفي فعل الصلاة لا يكون المفعول صلاة وذلك يحصل بالركعة لانها اذا قطعها بعد ذلك فقد انتقض فعل الصلاة ولكن بعد صحته والانتقاض انما يظهر في حكم يقبل الانتقاض والحنث بعد تحققه لا يقبل الانتقاض فظهر من كلامه هذا ان للراءة من الفاسدة هي التي لم يوصف ما شيء وراء بوصف الصحة في وقت بان يكون ابتداء الشروع غير صحيح وعليه يحمل ما اوردناه في الصوم ويرتفع الاشكال هناك ايضا واورد ان من اركان الصلاة القعدة وليست في الركعة الواحدة فيجب اذا حنث بها واجيب بان القعدة موجودة بعد رفع راسه من السجدة وهذا ادى مبني على توقف الحنث على الرفع منها وفيه خلاف المشايخ والحق انه ستدفع على الخلاف بين ابي يوسف ومحمد في ذلك ومرت المسئلة في سجود السهو والاوجه ان لا يتوقف لتحقيقة السجود بوضع بعض الوجه على الارض ثم لو سلم فليست تلك القعدة هي الركن والحق ان الاركان الحقيقة هي الخمسة القعدة وكون زائدة على ما تحرر وانما وجبت للختم فلا يعتبر ركنا في حق الحنث **قوله** ولو حلف لا يصلي صلاة لم يحنث ما لم يصل ركعتين لانها الصلاة المعتبرة شرعا صلاة وركعتين للنهي عن البتيراء انها بمنع الصحة لو فعلت ومن فروع هذه ما في الذخيرة قال العبدي ان صليت ركعة فانت حر فصلى ركعة ثم تكلم لا يعتق ولو صلى ركعتين عتق بالركعة الاولى لانها في الصورة الاولى ما صلى ركعة لانها تتغير بالحلاف الثانية وهذه المسئلة مذكورة في نوادر ابن سماعة عن ابي يوسف فقال بعض المتاخرين تبين بهذه ان المذكور في الجامع قول محمد ومن وافقه وهو غير لازم فان المذكور عن ابي يوسف حلف لا يصلي ركعة وصلى ركعة حقيقة ومن مجرد الصورة لا يتحقق

الا بضم اخرى اليها والمذكور في الجامع حلف لا يصلي ولم يصل ركعة والبتيراء تصغير البتراء تانيث الابتر وهو في الاصل مقطوع الذنب ثم صار مثلا للناقص وفي البيع يحنث بالفاسد بخلاف النكاح والعتق على خلاف ثم اذا حلف لا يصلي صلاة فعمل يتوقف حنثه على قعوده قدر التشهد بعد الركعتين اختلفوا فيه والاظهر انه ان عقد يمينه على مجرد الفعل وهو اذا حلف لا يصلي صلاة يحنث قبل القعدة لما ذكرته وان عقد يمينه على الفرض كصلاة الصبح او ركعتي الفجر ينبغي ان لا يحنث حتى يقعد **فروع** حلف لا يؤم احدا فصلى خلف اناس واقتدوا به فقال نويت ان لا اؤم احدا صدق ديانة لا قضاء الا ان اشهد ان انما اصلي لنفسي وكذا لو صلى هنا الحالف الجمعة بالناس ونوى ان يصلي لنفسه والجمعة جازت الجمعة استحسانا لان الشرط الجماعة وقد وجدت وهنت قضاء وينبغي اذا اتم في صلاة الجنائز ان يكون كالاول ان اشهد صدق فيها والا فلا في الديانة ولو قال ما صليت اليوم صلاة تريد في جماعة حنث بنيته لانها ناقضة والمطلق يتصرف الى الكامل ولو قال ما صليت اليوم الظهر يريد في جماعة قال محمد لا تسعه النية في هذا خلاف ما اذا صلى الظهر في السفر ثم قاله بمعنى ظهر مقيم وسعته فيما بينه وبين الله تعالى وفيما اخرت صلاة عن وقتها وقد نام فقضاها اختلفوا فيما على ان وقت الذكر وقتها بالحديث فيحنث او كلا بل يتصرف الى الوقت الاصلي **باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك** قدمه على الضرب والقتل لان اللبس اكثر وقوعا منهما لانه يعتاد خصوص الملبوس اوكان شرعيته اوسع من شرعية الضرب والقتل والحلي بضم الحاء وتشديد الياء جمع حلي بفتح الحاء وسكون اللام كندي وثدي **قوله** ومن قال لامراته ان لبست من غزلك اي ثوبا من غزلك اي معمول لك فهو هدي فغزلت من قطن مملوك لغيرها فنسجه ثوبا فلبسته فهو هدي اتفاقا ولو لم يكن في ملكه قطن وكان فلم تغزل منه بل غزلت من قطن اشتراه بعد الحلف فلبسته ففي مسئلة الكتاب عند ابي حنيفة هو هدي وقالا ليس عليه ان يهديه حتى تغزل من قطن ملكه يوم حلف اي وقت الحلف ومعنى الهدي هنا ما يتصدق به بمكة لانه اسم لما يهدي اليها فان كان نذر هدي شاة او بدنة فانما يخرجه عن العهدة ذبحه في الحرم والتصدق به هناك فلا يجزيه اهداء قيمته وقيل في اهداء قيمته اثم وروايتان ولو سرق بعد الذبح ليس عليه غيره ان نذر ثوبا جاز التصدق في مكة بعينه او بقيمته ولو نذر اهداء ما لا ينتقل كالدار ونحوها فهو نذر بقيمته ووجه قولهما ان النذر انما ينعقد فيما هو في الملك قال عليه السلام لا نذر فيما لا يملك بن ادم او مضافا الى سبب الملك مثل ان اشتريت كذا فهو هدي او فعل ان تصدق به ولم يوجد ذلك فان اللبس المجعول شرطا ليس سببا لملك الملبوس والمتعلق الذي هو غزل المراة سبب لملكه اياه لانه يملك القطن وليس الغزل سببا لملك القطن لان غزلها يكون من قطنها ويكون من قطنه فلا يصح النذر في المشتري من القطن اذا غزل وله ان غزل المراة عادة يكون من قطن الزوج لان العادة ان يشتري القطن في البيت وهي تغزله فيكون المغزول مملوكا له والمعتاد هو المراد بالالفاظ فالتعليق لغزلها تعليق لسبب ملكه للثوب كانه قال ان لبست ثوبا ملكه بسبب غزلك قطنه فهو هدي والحاجة الى تقدير ملك القطن والحاق الالتفات اليه دان كان في الواقع لا يملك المغزول بالغزل الا اذا كان القطن مملوكا له وحينئذ لا فرق بين ان يملك القطن بعد ذلك او في حال الحلف ثم استوضح على ان غزلها سبب عادي لملكه المغزول بقوله ولهذا الخ حنث اذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر بالاتفاق مع ان القطن غير مذكور وما ذاك الا لكون ذكر الغزل ذكرا لسبب الملك في المغزول لان معنى كونه سببا كونه كلا ووقع تبعا لحكم عنه وكون الغزل في العادة يكون من قطن مملوك له ليست لزم كونه كلا وقع تبعا عند ملك الزوج في المغزول وبهذا فارق مسئلة الشروي حيث لا حنث فيها بالاتفاق بعد الحلف لان الاضافة الى الشروي ليست اضافة الى سبب الملك لان الملك عند الشروي اثر العمل هو متقدم عليه وبهذا بطل قول من رجح قول زفر في مسئلة الشروي حيث لا حنث فيها هذا والواجب في ديارنا ان يعني بقوله لها لان المراة لا تغزل الا في كان

والمرجان وله انه لا يحلى به منه حلية في العادة وهو المراد بقوله عرفا الا مرصعا يذهب او فضة
ومبنى الايمان على العرف لا على استعمال القرآن فينصرف الى المرصع فلا يحنث بغيره قال بعض
المشايخ فياس قوله انه لا بأس ان يلبس الغلمان والرجال اللولو وقيل هذا اختلاف عصر وزمان في
زمانه كان لا يتحلى به الا مرصعا وفي عصرنا يتحلون بالساذج ومعنى قوله لان العرف القديم انه
يتحلى به ساذجا كما يتحلى به مرصعا **قوله** ومن حلف لا ينام على فراش اي فراش عين فانه قال
في غير هذا الكتاب على هذا الفراش وبدليل قوله وان جعل فوقه فراشا اخر فنام عليه لا يحنث
ولو كان نكرة بان حلف لا ينام على فراش حنث بوضع الفراش على الفراش لانه نام على فراش نكرة
ثم اذا نام عليه وفوقه فراش آخر لا يحنث لان العزام تبع للفراش لانه ساتر رفيق يجعل فوقه كالتي يسمى
في عرفنا الملي اي الملاة المجعولة فوق الطراحة اذ لا يمكن تبعا له لم يعتبر وصار كانه نام على نفس
الفراش بخلاف ما اذا جعل فوقه فراشا اخر فانه لا يحنث اذا نام على الاعلى لانه مثله والشيء لا يكون
تبعا لمثله فتنقطع النسبة الى الاسفل وروي عن ابي يوسف رواية غير ظاهرة عنه انه يحنث
لانه يسمى نائما على فراشين فلم تنقطع النسبة ولم يصر احدهما تبعا للاخر وحاصله ان كون الشيء
ليس تبعا لمثله مسلم ولا يضر بما نحن فيه في الفراشين بل كل اصل بنفسه وسيعرف بتعارف قولنا
نام على فراشين وان كان لم يباشره الا على **قوله** ولو حلف لا يجلس على الارض فجلس على
بساط او حصير لم يحنث لانه لا يسمى جالسا على الارض عرفا فاعتبر العرف فلا من البساط والارض والحصير
اصلا ولهذا يقال اجلس على البساط لا تجلس على الحصير وتارة لا تجلس على الحصير لا تجلس على الارض فجعل
كالجالس على احدهما غير جالس على الارض مالو جلس على ذيوله حيث يعد جالسا على الارض ويقال جلس فلان
على الارض فحنث وسره انه حيث كان اللباس بحاله كان ممتزلا عن نفسه فلا يعتبر حائلا كانه جلس على نفسه
في الارض ثم لو رفع ثوبه فبسطه وجلس عليه لا يحنث لارتفاع التبعية ولو حلف لا يجلس على سرير فجلس على
سرير فوقه بساط او حصير او فراش حنث لانه بعد جالسا عليه والجلوس على السرير في العادة كذلك
اي على ما تعرف عليه يقال جلس الامير على السرير ولا شك ان فوقه من انواع الفرش خلاف ما اذا جعل فوقه
سريرا اخر لانه الى الاخر الاعلى مثل الاول الاسفل فلم يجعل تابعا له في العرف وهذا بالاتفاق وفرق
ابو يوسف على تلك الرواية عنه في الفراش بالعرف فانه يقال نام على فراشين ويقال جلس على سريرين
وان كان احدهما فوق الاخر يقال جلس على سرير فوق سرير وهكذا الحكم في هذا الدكان وهذا البساط
اذا حلف لا يجلس على احدهما فبسط عليه وجلس حنث ولو بنى دكانا فوق الدكان او بسطا على البساط انقطعت
النسبة عن الاسفل فلا يحنث بالجلوس على الاعلى ولذا كرهت الصلاة على الكنيف والاطمل ولو بنى على ذلك
بيتا او خيمة فصلى عليه لا يكره قال الشيخ ابو المعين في شرح الجامع وفي كافي الحاكم حلف لا يمشي على الارض
فمشى على بساط او نحو حنث وان حلف على بساط لم يحنث وان مشى على احجار حنث لانها من الارض

باب اليمين في الضرب والقتل وغيرذلك

قوله من الفصل والكسوة ومن قال ان ضربتك فعبدي حر فهو على الحياة حتى اذا مات فضربه لا يحنث لان الضرب اسم لفعل
مؤلم يتصل بالبدن واستعمال آلة التاديب في محل قابل للتاديب والايلام والادب لا يتحقق
في الميت لانه لا يحس ولذا كان الحق ان الميت المعذب في قبره توضع فيه الحياة بقدر ما يحس الالم
والبنية ليست بشرط عند اهل السنة حتى لو كان متفرق الاجزاء بحيث لا تتميز الاجزاء بل هي مختلطة
بالتراب فعذب جعل الحياة في تلك الاجزاء التي لا يأخذها الصبر وان الله على ذلك لقدير
والخلاف فيه ان كان بناء على انكار هذا بالعقل امكن والا فلا يتصور من عاقل القول بالعذاب
مع عدم الاحتباس وضده ورد على اخذ الايلام في تعريف الضرب قوله تعالى فخذ بيدك ضغثا
فاضرب ولا تحنث فانه بر بضرب الضغث وهي حزمة من ريحان ونحوه ولا ايلام فيه واجيب

فروع

تعلق باللبس حلف لا يلبس غزلها فلبس قلنسوة لم يحنث بلبس القلنسوة والعمامة ولو حلف لا يلبس
ولم يقل ثوبا حنث والسراويل ثوب لا يحنث به ولو قال لهذا الثوب واتخذ منه قلنسوة ولو ائتزر
او ارتدى حنث سواء القميص وغيره خلافا لا لبس قميصا يحنث اذا ائتزر به او ارتدى ينعقد
على اللبس المعتاد وكذا اذا حلف لا يلبس سراويل فائتزر به او تعمم لا يحنث ولو قال هذا السراويل
فائتزر به او تعمم حنث ولو وضعه على عاتقه يريد حمله لا يحنث ولو حلف لا يلبس القباء فقبا ولم
يعين فوضعه على كتفه ولم يدخل يديه لا يحنث وفي هذا القباء لا يحنث لان في المنكر يعتبر اللبس المعتاد
وفي المعين الوصف لغو فلا يعتبر اللبس المعتاد بل مطلق اللبس وقال الصدر الشهيد وعليه اعتماد
الوالد الحنث في المنكر ايضا لانه يلبس ايضا كذلك ولو وضع القباء على اللحاف ونام تحته قيل لا يحنث
وقيل بل يحنث لانه لو جعل القباء فوق الدثار حالة النوم يحنث والمراد بالدثار ما يلبس فوق القميص
وهو الشعار ومنه قوله صلى الله عليه وسلم الانصار شعار والناس دثار وفي ثوب فلان وضع قباه على
كتفه يحنث لا محالة بس للكن لبس الرداء بخلاف ما اذا ذكر لفظ القباء ولو حلف لا يلبس هذا الثوب
فالقى عليه وهو نائم المختار لا يحنث لانه ملبس لا لابس فهو كما تقدم اذا حلف لا يدخل فحمل وادخل فلا يحنث به
فالقاه ما انتبه لا يحنث وان ترك يحنث علم انه الثوب المحلوف عليه او لا وكذا الوالي عليه وهو منتبه
ولو حلف لا يلبس سراويل او خفافا فدخل احدى رجليه لا يحنث ولو حلف لا يلبس من غزل فلان فلبس
ثيابا من ابريسم او قطن او كتان او صوف او شعر او وبر او جلد او ريش او فرو او خز او سمور او قاقم
او سنجاب او ثعالب او فنك او حواصل طير او بيض او لبن او اقط او سمن او شحم او لحم او كرش او
امعاء او مصران او عصب او قرن او حافر او عظم او سن او ظفر او شعر انسان او ما لا نفس له سائلة
كالسمك والجراد او ما يعيش في الماء ولا يعيش في البر او ما يكون في البر والبحر كالسلحفاة والضفدع
او ما يكون في البحر ويعيش في البر كالسرطان لا يحنث لان هذه الاشياء لا تسمى غزلا عرفا ولا لغة
ولو حلف لا يلبس من غزلها فلبس ما فيه سلكة منه او ما فيه سلكة منه لا يحنث ولو لبس نكة من غزلها يحنث عند
ابي يوسف وعندهما لا يحنث وعليه الفتوى لا يلبس ثوبا من نسج فلان فلبس ثوبا نسجه غلامه وفلان
هو المستقبل عليهم فان كان لا يعمل بيده لا يحنث ولا يحنث لا يلبس حريرا او ابريسما لا يحنث الا بثوب
كله او لحمته منه لا ما سداه او علمه منه الا ان ينويه لا يلبس هذا القطن وثانية له انصرف الى الثوب
المتخذ منه فلو حشي به ثوبا او هو المضرب لا يحنث وكذا لا يلبس من غزل فلانه وثانية له هو على الثوب
وان نوى من العزل لا يحنث بلبس الثوب ولا يلبس عين الغزل لا يلبس من ثياب فلان وفلانة
يبيع الثياب فاشترى منه وليس يحنث لا يلبس قناعا فلبس ثوبا فيه قناع وغيره حنث لا يلبسوا
فلانا فكساه قلنسوة او خفين او هو بربين او ارسل اليه ثوبا فلبسه حنث الا ان نوى كسوته
بيده ولو اعطاه دراهم فاشترى بها ثوبا فلبسه لا يحنث **قوله** ومن حلف لا يلبس حليا فلبس خاتما
فضة لا يحنث عندنا وعند الائمة الثلاثة يحنث لان ليس يحلي عرفا والاشارة عابد ليل انه ابيح للرجال
ما منهم من التحلي بالذهب والفضة وانما ابيح لم لقصد التختم للزينة فلم يكن حليا كاملا في حقهم وان
كانت الزينة لا تزم وجوده فلكنها لم تقصد به فكان عدما خصوصا في العرف التي هي مبنى الايمان كما
المشايخ هذا اذا لم يكن مصوغا على هيئة خاتم النساء بان كان لا فص فان كان حنث لانه لبس للنساء وانما يراد
به الزينة لا التختم فكمل معنى التحلي به وصار كلبسه سوارا او خلخالا او قلادة او قرطا او دملوجا حيث يحنث
بذلك كله ولو من الفضة وقيل لا يحنث بخاتم الفضة مطلقا وان كان مما يلبسه النساء وليس ببعيد لان
العرف في خاتم الفضة نفي كونه حليا وان كان زينة ولو كان الخاتم من ذهب حنث بعض وبلا فصل اتفاقا
قوله ولو لبس عقد لولو غير مرصع لا يحنث عند ابي حنيفة وقالا يحنث وفي هذا الخلاف عقد الزبرجد
او الزمرد او الياقوت وبقولهما قالت الائمة الثلاثة وجه قوله ان هذه حلي حقيقة فانه يتزين به
ويسمى به في القرآن قال تعالى وتستخرجون منه حلية تلبسونها والمستخرج من البحر هو اللولو

اولا بمنع عدم الالم فى ضرب ايوب عليه السلام بالكلية وقد روى عن عباس انه قبضه من الشجد
وان سلم فمخصوص بايوب ودفع بانه تمسك به فى كتاب الحيل فى جواز الحيلة فلم يعتبر وفى الكشاف
هذه الرخصة باقية والحق ان الضرب بضغث بلا الم اصلا خصوصية لزوجة ايوب عليه السلام
وابنا فى ذلك بما شرعية الحيلة فى الجملة حتى قلنا اذا حلف ليضربه مايه سوط فجمع مايه سوط وضربه
مرة بحنث لكن بشرط ان يصيب بدنه كل سوط منها وذلك اما ان يكون باطرافها قائمة او بأعراضها
مبسوطة والايلام شرط فيه اما عدمه بالكلية فلا ولو ضربه بسوط واحد له شعبتان
خمسين مرة يبر ولو ضربه مايه سوط وخفف بحنث لم يتألم به لا يبر الا انه ضرب صورة لا معنى
ولا بد من بقاء الا بان يتألم حتى ان من المشايخ من شرط فيما اذا جمع بين رؤس الاعواد
وضرب بها كون كل عود بحال لو ضرب منفردا به اوجع المضروب وبعضهم قالوا يحنث
على كل حال والقنوى على قول عامة المشايخ وهو ان الايذاء من الالم **فروع** حلف ليضربنك حتى اقتلك
هو الضرب الشديد ومثله حتى اتركك حيا ميتا وحتى تستغيث فمهما وجد ذلك وكذا
حتى تبول وعلق ايضا على الضرب الشديد حلف ليضربنك بالسيف حتى تموت او ليضربن ولدك
على الارض حتى يدنش نصفين فمهما ان يضرب به الارض ويركله فقط وخلاف هذا ليس
بصحيح ولو ليضربنه بالسيف حنث بضربه بخلافه وهو فيه وكذا بالسوط فلفه بخرقة
وضربه حنث لم يحنث ولو قال ان لم تستك فلم اضربك فجذى حرفراه على سطح او من بعيد بحيث لا يصل
اليه يده لا يقدر على ضربه لا يحنث قال محمد اذا كان بينه وبين فلان فدر ميل او اكثر فلم يلتقيا
حلف ليضربن امرأته فضرب امته عنى فاصاب ضربه المرأة فغير فصدقت لا عذبه و
لم يحنث لان الحبس لتعذيب قاصر ولا يدخل تحت المطلق **قوله** وكذا الكسوة اذا حلف
ليكسونه فالقى عليه ثوبا بعد موته يحنث وتتعذر الكسوة على الحياء لاعتبار التمليك فيه
مفهوما وكذا لو قال لكسوتك هذا الثوب كان هبة وقد جعلها الدبوسى انه احدى خصال
الكفارة والمعتبر فيها سوى الاطعام التمليك والميت ليس اهلا للتملك فيصح التمليك فقال
الفقيه ابو الليث لو كانت يمينه بالفارسية ينبغى ان يحنث لان هذا اللفظ بالفارسية يراد به
اللبس دون التمليك **قوله** لان يتوى به الستر استثناء من قوله فهو على الحياء الذى
تضمنه التشبيه فى قوله وكذلك الكسوة فحينئذ يحنث لان الستر تحقق بعد خروج الميت كما فى
الحى فينعقد يمينه على حالتى الموت والحياء وذكر ضميره وهو الكسوة على تأويل قوله
كسوتك وقيل على تأويل الاكساء او وجود له فى اللغة **قوله** قال وكذلك الكلام يعنى اذا
حلف لا يكلمه اقتصر على الحياء فلو كلمه بعد موته لا يحنث لان المقصود منه الافهام والموتى يفهمون
لانه يسمع فلا يفهم وارد انه صلى الله عليه وسلم قال لاهل القليب قليب بدر صلوا وجدتم ما وعد
ربكم حقا فقال عمر اتكلم الميت يا رسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم والذى نفسى بيده
ما انتم بأسمع منهم اومنهم واجيب بانه غير ثابت يعنى من جهة المعنى والا فهو فى الصحيح
وذلك بسبب ان عايشة ردته لقوله تعالى وما انت بمسمع من فى القبور انك لا تسمع الموتى
وبانه انما قاله على وجه الموعظة للاحياء لافهام الموتى كما ردى عن على انه قال السلام عليكم
يا اهل القبور موتى اما نساكم فنكحت واما اموالكم فقسمت واما دوركم فقد سكنت وهذا خبر
عندنا فاخبرنا عنكم وبانه مخصوص بابوبكر تضعيفا للحسن عليهم لان النبى انه روى عنه
صلى الله عليه وسلم ان الميت ليسمع خفق نعالهم اذا انصرفوا والمنظر فى كتابنا بخلافه من هذا الشرح
والدخول يعنى اذا حلف لا يدخل على فلان تقيد بالحياء فلو دخل عليه ميتا لا يحنث لان المراد

من الدخول عليه زيارته او خدمته حتى لو دخل عليه حائط او دابة والزيارة للميت ليست حقيقة
بل انما المزور قبره ولذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كنت نهيتكم عن زيارة القبور الا فزوروها
ولم يقل عن زيارة الموتى ولو قال ان غسلتك فعبدى حر انعقد على الحياء والموت لان الغسل
الازالة والمعنى المراد به التطهير او ازالة الوسخ والكل يتحقق فى حالة الموت كالحياء وفى شرح
الطحاوى الاصل ان كل فعل يلذ ولم يؤلم ويسر يقع على الحياة دون الممات كالضرب والشتم
والجماع والكسوة والدخول عليه انتهى ومثل التقبيل اذا حلف لا يقبلها فقبلها بعد الموت لا يحنث
وتقبيله صلى الله عليه وسلم عثمان مضعون بعد ما ادرج فى الكفن محمول على ضرب من الشفقة او التعظيم
وقيل ان عقد على تقبيل ملتح يحنث على امرأة لا يحنث وهو على الوجه ولو حلف لا يغتسل او لا يتوضأ
او لا يعمل او لا يلبسه او لا يلبسه فهو على الحياة والموت **قوله** ومن حلف لا يضرب امرأته فدق
شعرها او قطع اعضاءها حنث وكذا لو وجأها او قرصها ومن بعض المشايخ ينبغى ان لا يحنث بذلك لانه
لا يتعارف ضربا واجيب بما علل به فى الكتاب وهو ان الضرب اسم لفعل مؤلم يحصل به وهذه الاشياء
كذلك وفى المنتقى حلف لا يضرب فلانا فنفض ثوبه فاصاب وجهه او رماه بحجر او نشابة فاصابه
لا يحنث واستشكل بمن الضرب بانها اما ان تعلقت بصورة الضرب عرفا فهو ايقاع الالم التأديب
فى محل قابل له فيجب ان يحنث بالحنق ومد الشعر والعض لانه يتعارف ضربا او بمعناه
وهو الايلام فيجب ان يحنث بالرمى بالحجر ومما فيحنث بالضرب مع الايلام مما زجه لكنه لا يحنث وهو
اشكال وارد وما اجيب به من ان شرط الحنث حصول المحلوف عليه وهو الضرب لغة وعرفا
مثال حلف لا يبيع كذا بعشرة فباعه بتسعة لا يحنث لانه لن وجد شرط الحنث عرفا لكن لم يوجد شرط
الحنث لغة لان مقصوده ان لا يبيع بعشرة او ما قل بل باكثر ولو باعه باكثر لا يحنث ايضا لانه وان وجد
شرط الحنث لغة لانه لما باعه باحد عشر فقد باعه بعشرة ايضا لكنه لم يوجد عرفا فلا يحنث غير
دافع بتأمل ثم قال **باب** فى الايمان وعينى هذا يعنى يحنث اذا كان فى الغضب اما اذا فعل
فى المزاجه فلا يحنث خلوا ما هالكن على قصد الاذى وقع الخطاب بالمزاجه باليد وعن الفقيه
ابى الليث انه قال هذا اذا كانت بالعربية اما اذا كانت بالفارسية لا يحنث بعد الشعر والحق
والعض والحق ان هذا هو الذى يقتضيه النظر فى العربية ايضا لا انه خلاف المذهب **قوله**
ومن قال ان لم اقتل فلانا فامرأته طالق وفلان ميت والحالف عالم بموته حنث لانه لما علم بموته
قبل حلفه والقتل ازالة الحياة بسبب عادى مخصوص لزم انه عقد يمينه على ازالة حياة يعرفها
الله تعالى فيه وذلك متصور فينعقد يمينه لا محالة ثم يحنث فى الحال للعجز الحالى المستمر عادة
وان لم يعلم لا يحنث لانه عقد يمينه لا محالة على ازالة الحياة القائمة فيه ولا يتصور ازالة القائمة
والحياة قائمة فكان القياس مسئلة الكوز على الاختلاف السابق بين ابى يوسف وبينها فعنده
تنعقد ويحنث فعليه الكفارة وعند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لا كفارة لانه لا حنث اذ
انعقاد **قوله** وليس فى تلك المسئلة اى مسئلة الكوز تفصيل بين العلم وعدمه بل الحكم انه
لا يحنث عندهما سوى علم ان فيه ماء وقت الحلف او لم يعلم **قوله** هو الصحيح احترازا عما ذكر
فى شرح الطحاوى حيث قال فيه ولو كان يعلم ان الكوز لا ماء فيه فحلف وقال ان لم اشرب الماء الذى
فى هذا الكوز فامرأته طالق فانه يحنث بالاتفاق وعند ابى حنيفة رواية اخرى بما لا يحنث علم اولم
يعلم وهو قول زفر ووجهه انه لو كان يعلم ان لا ماء فى الكوز فحلف ينبغى ان ينعقد يمينه عندهم
على ما يحدثه الله تعالى فى الكوز وهو متصور من العجز الحالى المستمر يوجب حنثه بخلاف ما اذا لم
يعلم ان فى الكوز ماء لان يمينه انعقدت على ما فى الكوز ولواحد الله تعالى فيه ماء كان غير المحلوف
عليه فلا يتصور شرب المحلوف عليه **باب** اليمين فى تقاضى الدراهم التقاضى المطالبة

وهو سبب للقضاء فترجم الباب بما هو سبب مسايله وخص الدراهم بالذكر لانها اكثر دورا
في المعاملات **قوله** ومن حلف ليقضين دينه الى قريب او عاجلا فمضى ما دون الشهر فان اخره
ليلة الشهر حنث وان قال الى بعيد او اجلا فمضى اكثر من شهر ولم يقض حتى الشهر فان الطباق
بين قوله ما دون الشهر وما فوقه فلا يحنث الا اذا مات لشهر فصاعدا من حين حلف سنة او اكثر
بلا غاية محدودة الا الموت فان مات لاقل منه لم يحنث عليه بشيء مقتضى ما ذكره وقال ابو يوسف
ليس في يمين القريب والبعيد تقدير لانه اضافي ففي كل مدة قريبة بالنسبة لما بعدها وبعيدة بالنسبة
لما دونها ومدة الدنيا كلها قريبة باعتبار ابعد منها باعتبار اخر وانما يحكم بحنثه اذا مات قبل ان
يقضيه وقلنا هنا وجهان من الاعتبار اعتبار الاضافة وضابطه فيما ذكرت واعتبار العرف وعليه
مبنى الايمان والعرف بعد الشهر بعيد افانه يقال ما رايتك منذ شهر عند استبعاد مدة الغيبة
فعند الاطلاق وعدم النية يعتبر ذلك فاما ان نوى بقوله الى قريب والى بعيد من معينة فهو على
ما نوى حتى لو نوى بقوله الى قريب او عاجلا سنة او اكثر صحت وكذا الى اخر الدنيا لانها قريبة
بالنسبة لما بعد الاخرة وتقدمت منازعة فيما لو حلف ليقضينه مخى او عند الهلال ونحوها **قوله**
ومن حلف ليقضين فلانا دينه اليوم فقضاه ثم وجد فلان بعضه اي بعض الدراهم زيوفا وهو لم يعلم
عنها قبلا لم يحنث بتجوز التجار بها وانما يرده بيت المال وتسهر حبه وغشها اكثر من الزيوف يردونه
من التجار المستقصي ويقبله السهل منهم او مستحقة لم يحنث بذلك سواء ردها في ذلك اليوم او لا لان
الزيف عيب وكذا التسهر حبه ولفظ الزيافة المذكور في الكتاب غير عزيز بل هو من استعمال
الفقهاء والعيب في الجنس لا يعدم ابي جنس الدراهم ولهذا ابى ان يكون وصفا لازما يعدم اسم الدراهم
لو تزوج بها في الصرف اي لو جعلت بدلا في الصرف بالجياد او جعلت راس مال السلم مع ان الاقتراف
عن غير قبض عندها فعرف انها لم تتنف عنها جنس الدراهم فيبر في اليمين بها سواء حلف على القبض
او الدفع وكذا قبض الدراهم المستحقة صحيح وكذا لو اجاز المالك قبضا جاز واذا برىء دفع هذه
المسميات الثلاثة فلو رد الزيوف او التسهر حبه او استردت المستحقة لم يرتفع البر وان انتقض
القبض واما ينتقض في حق حكم يقبل الانتقاض ومثله لو دفع المكاتب هذه الانواع وعتق فردها
مولى المكاتب بسبب انها زيف او بهرجة او مستحقة لم يرتفع العتق ولو كاتب رصاصا او ستوقة
حنث اذا انقضى اليوم ولم يرد بدلها دراهم والستوقة المغشوشة غش زايد وهو تعريب
سي توقه اي ثلاث طبقات طبقتان الوجهين فضة وما بينهما نحاس ونحوه لانها ليست من جنس
الدراهم حتى لا يجوز بها في الصرف والسلم ولا يعتق المكاتب بادايها فلو ردها الموالي ظهر عدم عتق
العبد **قوله** وان باعه ايان باع الحالف المديون رب الدين الذي حلف ليقضينه اليوم دينه
في اليوم المحلوف على قضايه فيه عبدا وقبضه رب الدين برا لمديون في يمينه لان قضا الدين
لو وقع بالدراهم كان بطريق المقاصة وهو ان يثبت في ذمة القابض وهو الدائن مضمونا عليه لانه
قبضه لنفسه ليتملكه وللدائن مثله على المقبض فيلتقيان قصاصا فكذا هنا لا فرق بين الدراهم
وغيرها مما يقضى بمثله في يمينه باعطاء العبد قصاصا وهو ان يثبت له في ذمته عن العبد
وله في ذمته مثلها فيلتقيان قصاصا ثم البر وقضاء الدين يحصل بمجرد البيع قبض الدائن العبد
او حتى لو هلك المبيع في يد المديون الحالف قبل قبض المشتري المبيع انفسخ البيع وعاد الدين
وانتقض البر في اليمين وانما نقض عليه تاكيد البيع ليتقرر الدين على رب الدين لان الثمن
وان وجب بالبيع لكنه على شرف السقوط بجواز ان يهلك المبيع قبل القبض ولو كان البيع فاسدا
وقبضه فان كانت قيمته تفي بالدين بر وان حنث لانه مضمون بالقيمة هذا اذا حلف المديون
وكذا اذا حلف رب الدين فقال ان لم اقبض لك اليوم او ان لم استوف لك اليوم فان وجد الم يبر

يعني اذا وهب رب الدين الدراهم الدين في اليوم قبل انقضاءه فقبل لم يبر المديون لان شرط
البر القضاء ولم يوجد لعدم المقاصة وان قضى فعل المديون والهبة فعل الدائن فلا
يكون فعل هذا فعلا للآخر قال في الفوائد الظهيرية واذا لم يبر لم يحنث ايضا عندهما لفوات
المحلوف عليه يعني تعذر المحلوف عليه وهو القضاء قبل انقضاء اليوم وتقدم في مسئلة الكوز ان بناء
التصوير وشرط بقاء اليمين في اليمين الموقتة ومن كذلك اذا كان الكلام هناك في يمين موقتة وان كان في الجامع
الصغير ذكر اليوم واعترض بعضهم عليه بانه يستلزم ارتفاع النقيضين لان البر نقيض الحنث فلا يرتفعان
وهذا غلط لان النقيضين اللذين يجب صدق احدهما دايما في الامور الحقيقة كوجود زيد وعدمه
اما في الامور الشرعية اذا تعلق قيام النقيضين بسبب شرعي فانما يثبت حكمهما ما دام السبب
قايما وما نحن فيه منه فان قيام اليمين سبب لثبوت احد الامرين لا محالة من الحنث او البر
شرعا فاذا فرض انتفاؤه انتفى الحنث والبر كما هو قبل اليمين حيث لا بر ولا حنث فاذا فرض
ارتفاعه كان الحال كما هو قبل وجوده الخ وجمع ما اورده من الاستشهاد ومثل قول صاحب
الكلاصة لم يحنث في مسئلة الكوز وقول الكرخي في هذه المسئلة لم يحنث لانه لا فايدة فيه لان عدم
الحنث متفق عليه وانما يفيده لو قال بر ولم يحنث وليس يتصور البر وهو بفعل المحلوف عليه
ولم يفعل واعلم ان جواب هذه المسئلة اعني مسئلة الهبة مقيد بكون الحالف على يوم بعينه
كما اشرنا اليه ذلك اما المطلقة بان حلف ليقضين دينه فاخره او وهبه فلا شك انه يحنث
بلا تفاوت لان التصور لا يشترط بقاؤه في اليمين المطلقة بل في الابتداء وحين حلف كان الدين
قايما فكان تصور البر ثابتا فاعتدت ثم حنث بعد مضي زمن يقدر فيه على القضاء بالباس
من البر بالهبة **قوله** ومن حلف ليقبضن دينه درهما دون درهم فقبض بعضه لم يحنث بمجرد
قبض ذلك البعض بل يتوقف حنثه على قبض باقيه فاذا قبضه حنث لان الشرط اي شرط الحنث
قبض الكل بوصف التفرق لانه اضاف القبض المتفرق لما قلنا الا قبض بني
وهو اسم للكل فلا يحنث الا بتمامه متفرقا غير انه لو كان التفرق في مجلس واحد لتعدد
الوزن لا يحنث اذا كان لم يتشاغل بين الوزنين الا بعمل الوزن لان المجلس جامع للمتفرقات
فكان الوزنات كوزنة واحدة بخلاف ما اذا تشاغل بعمل اخر لانه به يختلف مجلس القبض
على ما عرف ولانه قد يتعذر بوزنة واحدة لكثرته فجعل التفرق الكائن بهذا السبب
مستثنى والمسئلة في الجامع الكبير موقتة هكذا اذا كان لرجل على رجل مايه درهم فقال ان عبدي
حر ان اخذتها منك اليوم درهما دون درهم فاخذها خمسة ولم يأخذ منه شيئا حتى غابت الشمس
لم يحنث لان شرط حنثه اخذ كل المايه على التفريق ولو قال ان اخذت منك اليوم درهما دون
درهم فاخذ خمسة ولم يأخذ منه شيئا حتى غابت الشمس حنث لان شرط الحنث اخذ بعض المايه متفرقا
لان كلمة من للتبعيض وقد وجد **قوله** ومن قال ان كان المايه فامراته طالق فلم يملك الا
خمسين لم يحنث لان المقصود منه عرفا ما زاد على المايه فيصدق على الخمسين اذ بصدقان الخمسين
ليس زايدا على المايه واما بالنظر الى اللفظ فلا يصح الا على جعل المستثنى مسكوتا عن حكمه فان
معنى اللفظ ليس في مال الا مايه فالمايه مخرجه من نفي المال فاذا قلنا ان المستثنى مسكوت
فيكون المايه غير محكوم عليها بانتفاء ملكه غير متعرض لها بالاثبات بوجه من الوجوه وهذا
قول طايفة من المشايخ واما على جعله مثبتا بطريق الاشارة فهو قول طايفة اخرى وعلى
ان الاستثناء من النفي اثبات وهو مختار واوصح به المصنف فقال الا ان يكون مايه
في هذا الكتاب فيحنث لفظا لانه حلف على انه له مايه واما قول المصنف وان استثنا المايه
استثنا وفاء بجميع اجزايها فظاهره انه وجه مقابل لان المقصود منه عرفا وهو ان يكون مايه له

ومعلوم ان اخراجها ليس الامن النفي وحاصله اخراج جميع اجزا المايه من عدم الملك فلو صح كان الحلف
على شيء من ملكه فكان بحنث فليس المعول عليه الا وجه العرف بخلاف مالو ادعى انه اعطى زيدا
مايه مثلا فقال زيد لم يعطني الا خمسين فقال ان كنت اعطيتك الا مايه فانه يحنث بالاقل وكذا اذا اختلف
في قدر الدين فقال عليه مايه وقال الاخر خمسون فقال ان كان لي عليه الا مايه فهذا نفي النقصان
لانه قصد بيمينه الرد على المنكر وفي الجامع الصغير عن محمد ان كنت املك الا خمسين فملك عشرة
لم يحنث لانها بعض المستثنى ولو ملك زيادة على الخمسين ان كان من جنس مال الزكاة حنث والا لا لانه
انه لو قال ملكي صدقة يتصرف الى مال الزكاة او حلف ما لي مال لا يحنث الا بمال الزكاة وفي خزانة الاكمل
لو قال امراته طالق ان كان له مال وله عروض وضياع ودور لغير التجارة لم يحنث والمسئلة باقية
ان شاء الله **مسايل متفرقة** ايعلم المسايل متفرقة فتكون الاشارة لامر خاص في الذهن
او ناخر وضع الترجمة عن وضع المسايل وتكون الاشارة ظاهرها والظاهر الاول لان المعنا وتعذر
الترجمة فان من عادة المصنفين ان يذكروا بالشد عن الابواب هن الترجمة ونحوها **قوله**
واذا حلف لا يفعل كذا تركه ابدا لانه نفي الفعل فعم الامتناع في جميع الاوقات المستقبلة ضرورة
عموم النفي للفعل المتضمن للمصدر النكرة فلو وجد مرة لم يكن النفي في جميع الاوقات ثابتا واذا حلف
ليفعلن كذا يبر بالفعل مرة واحدة لان الملتزم فعل واحد غير عين اذ المقام مقام الاثبات
فيبر باي فعل فعله سوا كان مكرها فيه او ناسيا اصيلا او وكيلا عن غيره واذا لم يفعل لا يحكم بوقوع
الحنث حتى يتصل الياس عن الفعل وذلك بموت الحالف قبل الفعل فيجب عليه ان يوصي بالكفارة
او يفوت محل الفعل كما لو حلف ليضربن زيدا او ليا كلن هذا الرغيف غدا فمات زيد او اكل الرغيف
قبل اكله لحينئذ يحنث هذا اذا كانت اليمين مطلقة كما ارينا فلو كانت مقيدة مثل لا كلمته
في هذا اليوم سقطت بفوات محل الفعل قبل مضي الوقت عندنا على ما سلف في مسئلة الكوز خلافا
لابي يوسف ولو مات الحالف قبل مضيه حنث عليه وان كان ولو حن الحالف في يومه حنث
عندنا خلافا لاحمد **قوله** واذا استحلت الولي رجلا ليعلمه بكل ما اعد دخل المدينة وهو
بالدال او العين المهملتين كل سند وجمعه دعار من الدعر وهو الفساد ومنه دعر الفويسق
بكسر العين في الماضي وبضمها في المضارع اذا فسد فهو على حاله وقايته خاصه فلو عزل لا يلزمه
اخباره بعد ذلك وهو قول ابي حنيفة وفي رواية عن احمد وهذا التخصيص في الزمان بدت
بالة الحال وهو العلم بان المقصود من هذا الاستحلاف زجره بما يدفع شره او شر غيره بزجره
لانه اذا زجره امر ايجر كما قال تعالى ولكم في القصاص حياة وهذا لا يتحقق الا في حال قدرته
حال قدرته على ذلك فلا يفيد فايدته بعد زوال سلطنته والزوال بالموت وكذا بالعزل
في ظاهر الرواية واذا استفتت اليمين لا تعود ولو عاد ولي الولاية وعن ابي يوسف انه يجب
عليه اعلامه بعد العزل ايضا وهو قول الشافعي وفي رواية عن احمد لانه متهم لاحتمال ان يعاد
فيزجره لتقدم معرفته بحاله وهذا بعيد وفي شرح الكنز ان الحالف لو علم بالدا عر وعلم بعلمه
به لم يحنث الا اذا مات هو او المستحلف او عزل لانه لا يحنث في اليمين المطلقة الا بالياس
الا اذا كانت موقتة فيحنث بمضي الوقت مع الامكان انتهى ولو حلم بانفاده هذه للغور لم يكن
بعيدا نظرا الى المقصود وهو المبادرة لزجره ودفع شره فالداعي يرجع التقييد بالفور
اي فور علمه به وعلى هذا لو حلف رب الدين عزيمه او الكفيل ان لا يخرج عن البلد الا باذنه
يتقيد بحال قيام الدين والكفالة لان الاذن انما يصح ممن له ولاية المنع وكذا لا يخرج امراته
الا باذنه تقيد بقيام الزوجية واذا زال الدين والزوجية استطلت ثم لا يعود اليمين
بعود ما خلافا لو حلف لا يخرج امراته من الدار فانه لا يتقيد به ان لم يذكر الاذن فلو وجب

لتقيد بزمان الولاية في الاذن ولذا الحال في حلفه على العبد مطلقا ومقيدا وعلى هذا لو قال
لامراته كل امراة اتزوجها بغير اذنك طالق فطلق امراته طلاقا بائنا او ثلاثا ثم تزوج
بغير اذنها طلقت لانه لم تتقيد يمينه ببقا النكاح لانها انما تتقيد به لو كانت المراة تستفيد
ولاية الاذن والمنع بعقد النكاح **قوله** ومن حلف ليهبن عبده لفلان فوهبه ولم يقبل يرتفق بيمينه
الاصل ان اسم عقد المعاوضة كالبيع والاجارة والصرف والسلم والنكاح والرهن والخلع بازاء الايجاب
والقبول معاوضة وعقود التبرعات بانجاء الايجاب فقط كالهبة والصدقة والعارية والعطية
والوصية والعمرى النحل والاقرار والهدية وقال زفر في كالبيع وفي البيع وما معه الاتفاق على
انه المجموع فلذا وقع الاتفاق على انه لو قال بعتك امس هذا الثوب فلم تقبل فقال بل قبلت
او اجرتك هذه الدار فلم تقبل فقال بل قبلت فالقول قول المشتري والمستاجر لان اقراره بالبيع
يقتضي اقرارا بالايجاب والقبول وقوله لم يقبل رجوع عنه وكذا على عدم الحنث اذا حلف لا يبيع
فاوجب فقط وعلى الحنث اذا حلف ليبيعن اليوم فاوجب فيه فقط ووقع الخلاف في ذلك لو كان
بلفظ الهبة فعندنا يبر بالايجاب وعندهما يحنث ثم استدل المصنف لزفر باعتبار البيع لانه
اي عقد الهبة تمليك مثلا حيث يتوقف تمام سببيته على القبول فلا يكون هو اي عقد الهبة
بلا قبول كالايجاب في البيع ثم لا يشترط القبض في رواية عنه بل بمجرد ايجاب الهبة والقبول من
الاخر يتم السبب وانما القبض شرط حكمه والسبب يتم دونه كالبيع بشرط الخيار وفي رواية
اخرى عنه يشترط معه القبض فلا يبر احتى يقبض الاخر لان السبب بلا حكم غير معتبر قال
المصنف ولنا انه عقد تبرع فيتم بالمتبرع اي الهبة اسم للتبرع فاذا تبرع وجد المسمى فيحنث واراد
بتمامه سببا الملك الاعلى ما نقل عن بعضهم ان الملك يثبت به قبل القبول الا ان بالرد ينتقض دفعا
لضرر المنة بلا اختيار ونحوه من فسخ نكاح الزوجة المرتفقة لانه معمول وعمل على هذا بلا بد
من القبول لتمام العقد ووقوعه سببا لملك اخر كالبيع والحاصل انه انما يتم به ما هو من جهته وهو التمليك
وهذا العقد لا يدخل في ملك الاخر وان كان لا بد حتى يظهر رضاه بذلك بلفظه المفيد له كالبيع في هذا
العقد وحقيقة الخلاف انما هو في تعيين مسميات شرعية لالفاظ هي لفظ البيع والهبة واخواتها
والسبيل في ذلك انا بالنقل او الاستدلال فان كان عندا طلاق لفظ باع فلان كذا او بعت كذا ايفهم منه
وقوع الايجاب والقبول حكم بان اسم البيع للمجموع ثم وقع النزاع في اسم الهبة فقال زفر هو كذلك
واستدل الاصحاب بالنقل وهو ما في الصحيحين من قول ابن عباس ان الصعب ابن جثامة اهدى الى رسول الله
صلى الله عليه وسلم حمار وحش وهو بالابواء او بودان فرده عليه فلما راى ما في وجهه قال انا لم نرده
عليك الا انا حرم فقد اطلق اسم الاهدا على احد الجانبين فقط لغرض انه رده عليه ووجهه ان قول
ابن عباس رضي الله عنهما اهدى انما حكاية قول الصعب بن جثامة رضي الله عنه اهديت لك هذا او حكايه
فعل وعلى كل تقدير يفيد ان اسم الهدية يتم بمجرد فعل الواهب قبل الاخر اذ استدل ايضا بقوله
وهبت لفلان فلم يقبل وليس شيء منهما بلازم لان غاية ما فيه انه يصح ان يطلق لفظ الهبة والهدية على
مجرد الايجاب بقرينة كقوله فلم يقبل ونحن لا ننكر انه يصح ان يقال عليه فقط كما يقال على المجموع
وكونه ظهر في موضع انه استعمل في مجرد الايجاب بقرينة لا يفيد الحكم بانه هو معناه الحقيقي الذي
يجب الحكم به عليه عند عدم القرينة الا ترى انه لو قال بعته هذا الثوب بالف فلم يقبل لم يكن مخطيا ويكون
مستعملا اسم الكل في الجزء فلو دل صحة قول القايل وهبت فلم يقبل على ان وضع لفظ الهبة لمجرد الايجاب
صحة قوله بعته فلم يقبل على ان البيع لمجرد الايجاب والاثبات واما الاستدلال بقول الصديقة
لعايشة رضي الله عنها كنت بحالك عشرون وسقا من مال العالية وانك لم تكوني جزنيه فسماه
حالا قبل القبض وانما ينتهض على احد روايتي زفر انه ماخوذ فيه انها ولسنا نحمي حالا المعتبر المجموع من

الإيجاب والقبول والقبض شرط الحكم لا تمام السبب وسمي اللفظ واما الوجه القابل ان المقصود
من الهبة اظهار السماحة وهو يتم بالايجاب يعني فالظاهر ان الاسم باذاء ما يتم به المقصود من العقد فلا
يخفى انه غير لازم وان كانت امما الامور التي لها غايات اسماء لتلك الغايات وايضا فقصد الاظهار السماحة
هو عين المراد من البيع حمل فعل جميع العقلاء عليه بل اللازم لكون المقصود منه وصول النفع للجيب والفقير الاجنبي
وهذا اليقين بجعل مقصود العقلاء يجب الحمل عليه وعلى اعتباره لا يتحقق الوصول الا بمجموع القبول والايجاب
واقربها انه اسم للتبرع كما ذكر المصنف والاستدلال عليه بانه عقد تبرع فيتم بالتبرع وان كان تمام السبب
يتوقف على ما مضى اعرضوا سم لجزء السبب ان سلم هذا الخلاف الغرض وعن ابي يوسف ان قبول المستقرض لازم منه
فيه ان الكلام ان الغرض في حكم المعاوضة فلو قال اقرضني فلان الغائم اقبل لا يقبل قوله ونقل عن ابي حنيفة
فيه روايتان والابراء يشبه البيع من حيث انه يفيد الملك بالقبض دون قبض والهبة لانه تمليك بلا
عوض وهذا ذكر في الجامع ان في القرض والابراء قياسا واستحسانا وقال الحلواني فيهما كالهبة قبل والاشبه
ان يلحق الابراء بالهبة لعدم العوض والقرض بالبيع للعوض واعلم ان الابراء له شبهان شبه بالاسقاط لان
الدين وصف في الذمة لا عين مال فباعتبار قلنا لا يتوقف على القبول وشبه بالتمليكات باعتبار ان مالية
عين المال حتى جرت احكام المال عليه في باب الزكاة ولهذا قلنا يرتد بالرد ولا يقبل التعليق كما علم خلاف
في الاستقراض كالهبة **فروع** حلف لا يوصي لوارثه فوهب في مرض الموت لا يحنث ولذا لو استقرض
اباه في مرضه فعتق عليه ولو حلف ليهبنه اليوم مائة درهم فوهبه مائة له على اخر وامره بقبضها ولو لم
يمت الواهب قبل قبض الموهب له لا يتمكن من قبضه لانها صارت ملكا للورثة وفي شرح الجامع الكبير
للعتابي ان الاباحة والوصية والاقرار والاستخدام لا يشترط فيها القبول من الاخر ولو قال لعبد لفلان وهب
فلان مني فانت حر فوهبه منه ان كان العبد في يد الواهب لا يعتق بسلمه اليه او لا وان كان وديعة
في يد الموهب له ان بدا الواهب فقال وهبتكه لا يعتق قبل ادلم يقبل وان بدا الموهوب له فقال
هبه مني فقال وهبته منك عتق ولو حلف لا يهب عبدا من فلان فوهبه له اجنبي فاجاز الحالف
الهبة حنث لكذا رواه بشر عن محمد ولا يهب عبد لفلان فوهبه له يحلف عوض حنث حلف
لا يستدين دينا فتزوج لا يحنث ولو حلف لا يشارك فلانا ثم شاركه مال ابنه الصغير فالشريك هو الابن لا الاب
لانه لا ربح للاب في المال ولا ينعقد يمين في الشركة على ما عليه عادات الناس من الشركة في النجارات دون
الاعيان فلو اشترى بعبد لم يحنث بخلاف ما لو قال لا يكون بيني وبينه شركة فانه يحنث حتى يحنث بخلاف
ما لو ورث شيئا لا يحنث لانه لم يشاركه مختارا انما لزمه حكما احب او كره **قوله** ومن حلف لا يشم ريحانا
فشم وردا او بنفسجا لم يحنث وليشم هو بفتح الياء والشين مضارع شممت الطيب بكسر الميم في الماضي
من هي اللغة المشهورة الفصيحة واما شمت اشمه بفتح الميم فهو الماضي وضمها في المضارع فقد انكره
بعض اهل اللغة وقال هو خطأ وصحح عدمه فقد نقلها الفراء وغيره وان كانت ليست بصحيحة ثم يمين
الشم ينعقد على الشم المقصود فلو حلف لا يشم طيبا فوجد ريحه لم يحنث ولو وصلت الرائحة الى دماغه
وفي المغرب كل ما طاب ريحه من النبات وعند الفقهاء ما لساقه رائحة طيبة كالورد فقد وقيل في عرف
اهل العراق اسم للاساسق له من البقول بما له رائحة مستلذة وقيل اسم لما ليس له شجر ذكره في المبسوط
لانه تعالى قال والنجم والشجر يسجدان ثم قال والحب ذو العصف والريحان وانما الريحان انما يطلق على ما نبت
من بزر مما شجر له ولعينه رائحة مستلذة وشجر الورد والياسمين ليس لعينه رائحة انما الرائحة
للزهر خاصة هذا هو الذي يجب ان يعول عليه في ديارنا اعداد ذلك كله لان الريحان متعارف النوع وهو
ريحان الحاجر واما كون الريحان النيروز منه فيمكن ان لا يكون لانهم يلزمونه التقييد فيقال ريحان نيروز
وعند ما يطلقون اسم الريحان لا يفهم منه الا الحاجر فلا يحنث بشم ذلك النوع **قوله** ولو حلف لا يشتري
بنفسجا فعند على وعنه دون ورقه ولا يحنث بورقه وذكر الكرخي انه يحنث به ايضا لعموم المجاز وهذا

مبني على العرف فكان في عرف اهل الكوفة بايع الورق لا يسمى بايع البنفسج وانما سمي به بايع الدهن
ثم صار كل يسمي به في ايام الكرخي فقال به وانما في عرفنا فيجب ان لا ينعقد لانه على نفس النبات فلا يحنث
بالدهن اصلا كما قال في الورد والحنا ان اليمين على شرائهما ينصرف الى الورق لانهما اسم للورق والعرف
مقرر له بخلافه في البنفسج **فروع متفرقة الاصناف** اذا حلف على الابجاج نيبا او اثانا وكذا
الحمل والابل والبعير والجزور والبقر والبغل والبغلة والشاة والغنم والحمار والخيل يتناول الذكر
والانثى والثاني للوهرة **قال** تأيلم، لما مرت بدير هند ارقني، صوت الدجاج وضرب بالقوا
والصوت انما هو للديك وفي الحديث في خمس من الابل شاة وعن ابي يوسف البقر لا تتناول الثور وليس
بذلك والثور والكبش والديك الذكر والبرذون والعجمي البقر لا يتناول الجاموس للعرف حلف
لا يفعل كذا ولا كذا ففعل واحدا منهما حنث وان لم يذكر حرف النفي فقال لا افعل كذا وكذا يحنث حلف
لا يأكل مما يجيء به فلان فجاء بحمص فاكل من سرقه وفيه طعم الحمص حنث ذكره في فتاوى قاضي خان
وعلى هذا يجب في مسئلة الحالف لا يأكل لحما فاكل من مرقه انه لا يحنث ان تقيدا باذا لم يجد طعم اللحم حلف
لا يشرب حراما من هذا الجنس ففتح وشرب فقيه لا يحنث قال العبد اذا شربت الخمر فتنجس به
فساء فلم يشرب عتق لانه ساء لكنه لم يشرب طوعا لا يشرب عصيرا فعصر عنقود اخر في حلفه
لا يحنث ولو عصر ولم يكنه فخثاه حنث اما لو قال لا يدخل حلقي حنث فيهما وفي الفتاوى وبرهان عرفنا لما في
عرفنا ينبغي ان لا يكون حانثا ان ماء العنب لا يسمى عصيرا في اول ما يعصر حلف على اسراته لا شكن من
الدار وهي فيها وبابها مغلق والدار حافظة فهي معذورة حتى يفتح الباب وليس لها ان تتسور الحائط قال
الفقيه وبه ناخذ قال الصدر الشهيد فرق بين هذا وبين ما لو قال ان لم اخرج من هذا المنزل اليوم فانت
طالق فقيد وضع من الخروج فانه يحنث ولو قال لامراته وهي في بيت والدها ان لم تحضري الليلة فغيرها
الوالد من الحضور صباحا حنث قال الصدر الشهيد هنا في فتاوى الفضلي وذكر بعد هذا انه لا يحنث
قال والاصح انه يحنث وابدى الفرق بين الفعل وعدم الفعل وذلك لان الشرع قد جعل الوجود
معدوما بالعذر كالاكراه وجعل المعدوم موجودا وان وجد العذر انتهى يعني وقد ذكرت على
السكنى وهو فعل والمكره على الفعل لا يضاف الفعل اليه فلا يحنث وقد صرح بجواب الشيخ ابي بكر محمد بن الفضل
فيمن قال ان لم اخرج منى هذه الدار اليوم فعبيدي احرار فانه يحنث وهو الصحيح وفي الخلاصة لو قال
لامراته ان سكنت هذه الدار فانت طالق وكان لها فيها معذورة حتى تنتج ولو قال لرجل لا يكن معذورا
هو الصحيح لا يخرج لهرو غيره وهذا ما سلف الوعد به كل عبد باع وله عبد بينه وبين غيره لا يعتق
لانصرافه الى الكل والشائع ومثله لا اكل مما اشتراه فاشتراه مع اخر فصار مشتركا لا يحنث لو اكل بينه وبعتق
عبد المأذون وان كان عليه دين لا يعتق عبد من المأذون عند ابي حنيفة اذا كان عبد مستغرقا في
كسبه ورقبته بالدين وان نوى المولى عتقهم ان لم يكن عليه دين ان نواه عتق والا فلا وعند ابي يوسف ان نواه
عتق والا فلا كان عليه دين او لا وقال محمد عتقوا جميعا في الاحوال كلها قال لغيره والله لتفعلن كذا ولم ينو
شيئا فهو حالف فان لم يفعل المخاطب حنث وان اراد به الاستحلاف فهو استحلاف وان نوى به واحد
منهما اذا لم يفعل ولو قال لغير اقسمت او اقسمت بالله عليك لتفعلن كذا او قال اشهد بالله او اشهد
عليك او اقسم بالله عليك فالحالف هو المبتدئ الا ان يكون اراد الاستحلاف فلا يمين على المبتدئ ولو قال عليك
عهد الله ان فعلت ففعل نعم فالحالف المجيب ولا يمين على المبتدئ او ان نواه اشترى من اللحم فقالت
امراته هو احل من مني وحلفت عليه فقال ان لم يكن ما فانت طالق فانه سطبخ قبل ان يوزن ولا
يحنث هو لا المرأة حلف لا يأكل من خبز ختنه فساوا ختن وخلف لامرأته وقيعا فاكل منه حنث
لانه باق على ملكه خال القاضي الامام هذا اذا لم يعز ولكن قال لها كلي من وقتي تعد رما يكفيك اما اذا
اعرز قدرا من الدقيق وامطاها صار ملكا لها فلا يحنث قال في الخلاصة وفي الفتاوى حلف لا يأكل من مال

فلان فشاهدا فاكل الحالف لا يحنث لان كلا منهما اكل من مال نفسه في العرف وفيه نظر مالو قلت للقاضي
الامام لو كان احد الشركاء صبيا لا يجوز ولو كان كل واحد اكلا من نفسه ينبغي ان يجوز قال نعم
استصوبني لكن لم يصرح بالخلاف انتهى واقول الفرق ان عدم الحنث لا كل كل من المتشاهدين
مال نفسه عرفا حقيقة وعلى العرف ينبغي الايمان فلم يحنث وعدم جواز التشاهد مع الصبي
لانه غير اكل مال نفسه حقيقة بل بعض مال الصبي ايضا وفي الخلاصة حلف لا ياكل من خبز فلان فاكل
خبزا بينه وبين فلان يحنث وقال في مجموع النوازل لا يحنث لانه اكل حصة وله قال لا ياكل من مال
فلان فمات فلان وهو وارثه فاكل ان لم يكن له وارث سواه او كان فاكل بعد القسمة لا يحنث والا يحنث
ولو قال رغيف فلان لا يحنث ولو حلف لا ياكل رغيفا لفلان فاكل رغيفين بينه وبين غيره يحنث في مجموع النوازل
وكذا اذا ورث اختين قال زوج احداهما ان دخلت الدار فبيك فانت طالق وهي غير منتوية فدخلت
لا يحنث لانها ما دخلت في غير نصيبها ولو حلف لا يدخل دار فلان فدخل دارا بينه وبين غيره ولو حلف
لا يزرع ارض فلان فزرع ارضا بينه وبين غيره لا يحنث لان نصف الارض يسمى ارضا ونصف الدار يسمى
دارا ولو حلف لا ياكل من مال فلان فاكل من حنطة بينه وبينه حنث ولو اشترى بدراهم مشتركة
بينهما لم يحنث ولو حلف لا ياكل من طبيخ فلان فاكل مما طبخه مع غيره حنث ولو حلف لا ياكل من قدر طبخها
فلان لم يحنث وفي الاصل لو حلف لا ياكل من طعام اشتراه فلان فاكل من طعام اشتراه مع غيره حنث الا
اذا نوى شراءه وهو خلاف ما لو حلف لا يلبس ثوبا اشتراه فلان او عليه فلبس ثوبا اشتراه فلان
مع غيره لم يحنث لان الثوب اسم للكل ولا يتناول البعض ومثله لا يدخل دارا اشتراها فلان فدخل دارا
اشتراها فلان مع غيره لم يحنث وفي مجموع النوازل امرأة وهبت طيرا فقال لها زوجها الزاوسر والكني
تو بحرم فانت طالق فوهبت من اجر فاكل الحالف يحنث وقال صاحب الخلاصة وعليه فتيا ما ينبغي
ان لا يحنث صورتها في الفتاوى حلف لا ياكل من ثمن غزل فلانه فباعت غزلها ووهبت الثمن لا بنها
ثم وهب الابن الحالف ما اشترى به شيئا فاكله لا يحنث قال وهذا اصح من الاول وفي الجامع الصغير
لو قال ان اكلت اليوم لا رغيفا او ان تغديت برغيف فعبدي حر فاكل رغيفا ثم اكل بعده تمرا
او فاكهة حنث وفي فتاوى قاضي خان حلف لا ياكل اليوم الا رغيفا فاكل رغيفا مع الخل او الزيت
او اللبن لا يكون حانثا لان الاستثناء يقتضي المجانسة في المعنى المطلوب وهذه الاشياء لا تجانس
الرغيف في المعنى المطلوب وهو الاكل وهذا خلاف الاول ولو قال ان اكلت اليوم اكثر من رغيف
فعبدي حر فهو على الخبز خاصة وفي الفتاوى حلف لا ياكل هذه الحابية التي في البيت فاكل بعضها
حنث ولو كان مكان الاكل بيع فباع النصف لا يحنث ولو حلف لا ياكل هذه البيضة لا يحنث حتى ياكل
كلها وكذا في البيضتين ولو حلف لا ياكل هذا الشيء كالرغيف مثلا فاكل بعضه قال ابو بكر الاسكاف
ان كان شيئا يمكنه ان ياكله كله في مرة لا يحنث باكل بعضه وقال بعضهم اذا اكل بعض ما لا يمكن ان ياكل كله
في مجلسه حنث في يمينه وهو الصحيح قال محمد رحمه الله كل شيء ياكله الرجل في مجلس واحد ويشربه
في شربة واحدة فاكل من جميعه لا يحنث باكل بعضه لكن في الفتاوى للقاضي حلف لا ياكل هذا
الرغيف فاكل وبقي منه شيء يسير حنث فان نوى كل صحت نيته فيما بينه وبين الله تعالى وهل يصدق
في القضاء فيه روايتان انتهى وكان المراد ان يترك شيئا قليلا جدا يحنث لا يقال لان فلانا اكل
جميع الرغيف لغلبة المتروك والا لفقد سمعت ما ذكره محمد وقد في غير موضع انه اذا حلف لا ياكل
هذا الرغيف لا يحنث باكل البعض وتقدم من النصوص لو قال هذا الرغيف علي حرام حنث باكل لقمة
منه قال في فتاوى قاضي خان قالوا هذا بخلافه الصحيح انه لا يكون حانثا لان قوله هذا الرغيف علي حرام
بمنزلة قوله والله لا اكل هذا الرغيف ولو قال هكذا لا يحنث باكل البعض قال ابراهيم سمعت ابا يوسف
رحمه الله تعالى يقول فيمن قال كلما اكلت اللحم فامرأتي طالق كلما شربت الماء فعبدي حر فاكل فعليه

في كل لقمة من اللحم وفي كل نفس من الماء وهل حلف لا يكلم فلانا وفلانا لا يحنث حتى يكلمهما الا ان ينوي
الحنث باحدهما فيحنث بواحد منهما اما لو قال لا اكلمهما او قال بالفارسية اين و وكس نخون
نكويم ونوى واحدا لا يصح نيته ذكر في المحيط قال وينبغي ان لا يصح لان المثنى يذكر ويراد الواحد
فاذا نوى ذلك وفيه تغليظ على نفسه يصح انتهى فهو مقيد بما اذا كان فيه تغليظ على نفسه ولو
قال فلانا او فلانا حنث باحدهما وكذا لو قال فلانا وفلانا وفي مجموع النوازل لا اكلم فلانا يوما
ويومين وثلاثة فهذا على سنة ايام ولو قال لا اكلمه يوما ويومين وثلاثة فعلا لانه
ايام حلف لا يشرب من دار فلان فاكل منها شيئا قال محمد بن سلمة يحنث لان المقصود من هذا اليمين
الامتناع عن جميع الماكولات وقال غيره لا يحنث في يمينه الا ان ينوي جميع الماكولات والمشروبات
اما لو قال بالفارسية فلانشك في تناول المأكول والمشروب حلف لا يغتسل من امرأته عن جنابة
فجامعها ثم جامع اخرى او على العكس يحنث وان لم يغتسل لان اليمين انعقدت على الجماع كنايته ولو نوى
حقيقة الغسل حنث ايضا اذا اغتسل لانه اغتسل عنها وعن غيرها فيحنث كما لو حلف لا يتوضأ من الرعاف
فتوضأ من الرعاف وغيره حنث ولو حلف لا يحمل نكتة على امرأته ان اراد به الجماع صح وهو مروي
وان لم يرد ان فتح سراويله للبول ثم جامعها يحنث لان فتح سراويله علم ان يفتح لاهل جامعها
وان فتحه لجماعها ولم يجامع قالوا ينبغي ان يكون حانثا لوجود شرط الحنث ولو حلف لا يحل نكتة في
العزبة فجامع من غير حل النكة اي ينوي عين ما حنث وصدق قضاء وان لم ينو يحنث ونحو هذا قوله
ان اغتسلت من احرام فعانق اجنبية فانزل قالوا يرجى ان لا يكون حانثا ويكون عينه على الجماع
وعلى هذا الاصل لو حلف لا تغتسل راسها من جنابة زوجها فجامعها مكرهة قال الفقيه ابو الليث
قال الفقيه ابو الليث لان قوله كناية عن الجماع واذا كانت مكرهة عليه لا يحنث ولو قال لها عند
اراد قا الجماع ان لم تمكنيني اولم تدخلي من البيت فلم تفعل ثم فعلت بعد ساعة ان كان بعد سكون
شهوة حنث والا لا وفي الجامع الكبير حلف لا يجامع امرأته فجامعها فاغتسل من العزج لا يحنث فان قال
عنيت فيما دون العزج يحنث بها ولو قال لامرأته ان فعلت حراما في هذه السنة فانت طالق
ثلاثا فمعذا على الجماع فان علمته بان فعله علما بينا لا يدخل العزجين وتعرف انها ليست مملوكة
له ولا زوجة او شهد عندها اربعة على ذلك لانه شهادة على الزنى والزنى لا يثبت الا بذلك
ولو اقر لها في مرة لا يسعها المقام معه بان جحد عند الحاكم انه فعل وليس لامرأته بينة حاضرة
عند الحاكم فان حلف وسعها المقام معه قلت فهذه المسئلة تفيد مسئلة ما اذا علمت انه طلقها
ثلاثا بيقين ثم انكر في انه لا تمكنه ابدا واذا لم يستطع منعه عنها أن تسمه ولو قال لها ان قربتك
اكرتو با كسي حرام فمتى ما نت طالق فابانها فجامعها في العدة طلقت عندهما لانها بعتبران
عموم اللفظ وابو يوسف يعتبر الغرض فعلى قياس قوله لا يحنث فلا تطلق وعليه الفتوى ذكره
في الخلاصة وغيرها ولو قال لا فدان فعلت فان لم افعل قال ابو حنيفة ان لم يفعل على فور فعل حنث
حلف لا يعرفه وهو على شخصه ونسبه ويعرف اسمه في البالغ لا يحنث لان معرفة البالغ كذلك
ويحنث في الصغير وعليه فرع ما لو ولد لرجل ولد فاحضره الى جاره ولم يسمه فراه الجار ثم حلف
انه لا يعرف هذا الصبي يحنث ولو تزوج امرأة ودخل بها ولا يدري اسمها فحلف انه لا يعرفها وكذا
لو حلف انه لا يعرف هذا الرجل وهو يعرفه دون اسمه لا يحنث الا ان يعني به معرفة وجهه
فيحنث لانه سد على نفسه ولو حلف لا يفعل ما دام فلان في هذه البلدة فخرج فلان ثم رجع
فلان ففعل فانها لا يحنث حلف لا يترك فلانا فعل اذا لم يمنعه من هنا او لا يدخل ستر بنوله له فتفعل
لا تخرج لا تمزاطا عدا وعطاه والله سبحانه اعلم

كتاب الحدود

لما اشتمل الايمان على بيان الكفارة وهي واسطة بين العقوبة والعبادة اوردها الحدود التي هي عقوبات

محضه انه فاعلم لبيان الاحكام سدرج ولو ما يعارض هذه المناسبه من لزوم التفريق بين
العبادات المحضة لكان ايلا الحدود الصوم او جه لا شتمال على بيان كفارة الافطار المغلب فيها جهة
العقوبه حتى تداخلت على ما عرف بخلاف كفارة الايمان المغلب فيها جهة العبادات لكن كان يكون
الترتيب حينئذ الصلاة ثم الايمان ثم الصوم ثم الحدود ثم الحج فيقع من الفصل بين العبادات
التي هي جنس واحد بالاجنبي ما يبعد بين الاخوات المجتمعة في الجنس القريب ويوجب استثقاله
الشارع لها كذلك لكنه قال بني الاسلام على خمس شهادة ان لا اله الا الله الحديث ثم بحاسن
الحدود اظهر من ان تذكر لبيان وتكتب ببيان لان الفقيه وغيره يستوي في معرفة انها للامتناع
عن الافعال الموجبة للفساد في الزنا ضياع الذريه واما انها معنى بسبب اشتباه النسب ويلزم
عون الولد مع ما فيه من شتمة الناس البراد وغيره ولذا ندب عموم الناس الى حضورها ورجمه وفي
باقي الحدود زوال العقل وافساد الاعراض واتلاف اموال الناس وفتح هذه الامور مركوز في العقول
ولذا لم يبح الاموال والاعراض والزنا والسكر في ملة من الملل وان ابيح الشرب وحين كان فساد
هذه الامور عاما كانت الحدود التي هي بالغة حقوق الله على الخلوص فان حقوق الله تعالى على
الخلوص ابدا بعيده مصالح عامة ولذا قال المصنف والمقصود من شرعيته الازجار عما يتضرر به
العباد والعبادة المشهورة في بيان حكمة شرعية الزجر الا انه لما كان الزجر مرادا للازجار
عدل المصنف الى قوله للازجار الا ان قوله والطهرة ليست باصلية الى اخره اي الطهرة من ذنب
بسبب الحد بعيد ان مقصود ايضا من شرعيته لكنه ليس مقصودا اصليا بل تبع لما هو الاصل من
الازجار وهو خلاف المذهب فان المذهب ان الحد لا يعمل في سقوط الاثم قبل سببه اصلا بل لم
يشرع الا لتلك الحكمة واما ذلك فقول طائفة كثيرة من اهل العلم واستدلوا عليه بقوله صلى الله
عليه وسلم فيما رواه البخاري وغيره ان من اصاب من هذه المعاصي شيئا فعوقب به في الدنيا فهو كفارة له
ومن اصاب منها شيئا وستره الله فهو الى الله ان شاء عفى عنه وان شاء عاقبه واستدل الاصحاب بقوله
تعالى في قطاع الطريق ذلك اي النكل والعذب والنفي لهم خزي في الدنيا ولهم في الاخرة
عذاب عظيم الا الذين تابوا فاخبر ان جزاء فعلهم عقوبة دنيوية وعقوبة اخروية الا من
تاب فانها حينئذ تسقط عنه كما اخرويه بالاجماع على ان التوبة لا تسقط الحد في الدنيا
ويجب ان يحمل الحديث على ما اذا تاب في العقوبة لانه هو الظاهر لان الظاهر ان ضربه
ارجى معه توبته منه لذوقه مسبب فعله فيقيد به جمعا بين الادلة وتقييد الظني عند
معارضة القطعي له متعين بخلاف العكس وانما اراد المصنف انه لم يشرع للطهرة فاذا
عبارة غير جيده ولذا استدل عليه بشرعيته في حق الكافر والطهرة في حقه من الذنب بالحد
يعني ان عقوبة الذنب لما لم تنفع مجرد الحد بل بالتوبة ان وجد لم يتحقق به حقه بان التوبة
عبارة وهو ليس من افعاله وانما من يقول ان الحد بمجرده يسقط اثم ذلك السبب الخاص الذي
حده به فان قال ان الحد لا يسقط عن الكافر بحتاج الى دليل سمعي في ذلك اذ السمعي انما يوجب
لزوم عقوبة الكفر في حقه لا تضاعف عليه عذاب الكفر فاذا فرض ان الله سبحانه جعل الحد
مسقطا لعقوبة معصية صار الفاعل لها اذا حد بمنزلة ما اذا لم يفعلها فلا نص الى عذاب الكفر عذاب
تلك المعصية اذا حد بها الكافر الا ان يدل دليل سمعي على ذلك هذا واما الاستدلال على عدم كون الحد
مسقطا بانه يقام عليه وهو كافر فليس بشيء لجواز ان التكفير بما يصيب الانسان من المكاره والله اعلم
ثم تحقق العبارة ما قاله بعض المشايخ انها موانع قبل الفعل زواجر بعده اي العلم بشرعيتها يمنع
الاقدام على الفعل وايقاعها بعده يمنع من العود اليه قوله الحد لغة المنع وعليه قول تابغة وبيان
لسليمان اذ قال الا له ثم في البرد به ناحدوه عن العبد وهو الخطاب في القول والفعل على

حداد ها

ذلك مما يلام صاحبه كذا ذكره الاعم في شروحه وبرهانه وكل مانع شيء فهو حاد له وحداد اذا صيغ للمبالغة
ومنه قيل للبواب من الدخول والسجان حداد لمنعه من الخروج بلا شك وان كان البيت الذي استشهد به
لا يفيده وهو قوله يقول لي الحداد وهو يقودني الى السجن الا تخرج لمثلك من بأس فانه لا يلزم
كون القايد الذي كان يقوده هو السجان لجواز ان يكون غيره ممن يوصله اليه فانه حداد له اذ غيره
من الكتاب الى حال سبيله وللحداد لمنعه الخمر في قول الاعشى فمنها ولما يصح ديكنا الى جونة عند
وسمي اهل الاصطلاح المعرفة للماهية حد المنعة من الدخول والخروج وحدود الدار نهاياتها المنعة عن
دخول ملك الغير فيها وخروج بعضها اليه وفي الشرع قال المصنف العقوبة المقدرة حقا لله فلا يسمى
القصاص حدا لانه حق العبد والتعزير لعدم التقدير على ما عليه عامة المشايخ وهذا لان المقدر
نوع منه وهو التعزير بالضرب لكنه لا ينحصر في الضرب بل يكون بغيره من حبس وغيره اذ
وغيره على ما سيأتي ان شاء الله تعالى في باب التعزير فلا يسمى القصاص حدا لانه حق العبد وهذا الاصطلاح هو المشهور
وفي اصطلاح اخر لا يوضع العبد الا خير فيسمى القصاص حدا فاحد هو العقوبة المقدرة شرعا غير ان الحد
على هذا قسمان ما يصح فيه العفو وهو الاول الحد مطلقا لا يقبل الاسقاط بعد ثبوت سببه
عند الحاكم وعليه ابتنى عدم جواز الشفاعة فيه فانها طلب ترك الواجب ولذا انكر رسول الله صلى الله عليه وسلم
على اسامة ابن زيد حين شفع في المخزومية التي سرقت فقال اتشفع في حد من حدود الله واما قبل الوصول
الى الامام الثبوت عنده يجوز الشفاعة عند الرافع له الى الحاكم ليطلقه ومن قال به الزهري العوام وقال
اذا بلغ الى الامام فلا عفى الله عنه ان عفى وهذا لان وجوب الحد قبل ذلك لم يتبت فالوجوب لا يثبت
بمجرد الفعل بل على الامام عند الثبوت عنده قوله الزنا يثبت بالبينة والاقرار اما ثبوته بالاقرار فلكثرة
لكثرة وقوع سببه مع قطعيته عن كتاب الله بخلاف السرقة فانها لا تكثر لكثرته والشرب وان كثر فليس
حد بتلك القطعية والزنا مقصور في اللغة الفصحى لغة اهل الحجاز التي جاء القرآن قال الله تعالى
ولا تقربوا الزنا وتمد في لغة نجد وعليها قال الفرزدق انا ظاهر لمن يبتغي ريحنا ومن يشرب الخرطوم يصبح مسكرا بفتح الكاف وتشديد الراء من التسكير والخرطوم من اسماء الخمر قال
والمراد ثبوته عند الحكام اما ثبوته في نفسه فبايجاد الانسان للفعل لانه فعل حسي وسيذكر المصنف
تعريف الزنا في باب الوطء الذي يوجب الحد وهنا كل يتكلم عليه وهي البينة والاقرار لتثبت
بعلم الامام وعليه جماهير العلماء ولذا سار الحدود وقال ابو ثور وتعقل قولا عن الشافعي انه
يثبت به وهو القياس لان الحاصل بالبينة والاقرار دون الحاصل بمشاهدة الامام قلنا نعم
لكن الشرع اهدر اعتبار ذلك بقوله تعالى فاذ لم يأتوا بالشهداء فاولئك عند الله هم الكاذبون وتعقل
فيه اجماع الصحابة وقول المصنف لانها دليل ظاهر تعليل للواقع من النصوص الدالة على ثبوته بالبينة
والاقرار فانها تثبت بها غير معتبر لهذا المعنى وحاصل لما تعذر القطع الكتفي بالظاهر وهو في البينة
وفي الاقرار لان الاقرار لسبب الحد يستلزم مضرة في البدن ومعرض لفوات العرض توجب نكاية في
القلب فلم يكن الاقدام عليه الا مع الصدق دفعا لضرر الاضرين على المعتول بسقوط بالحد ان لم يثبت
وقصدا الى تحقيق النكاية لنفسه اذ ورطته في اسباب سخط الله تعالى لينال درجة اهل العزم
قوله فالبينة ان تشهد اربعة من الشهود ليس فيهم امراة على رجل او امراة بالزنى ويجوز كون الزوج
منهم عندنا خلافا لمالك فيما هو معتول هو منهم ونحن نقول التهمة ما توجب جر نفع والزوج مدفوع
بهذه الشهادة على نفسه بحق العار وخلو العزائم خصوصا اذا كان لها او اولاد صغار وانما كانت
اربعا لقوله تعالى فاستشهد واعليهن اربعة منكم وقال تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء واما الحديث
الذي ذكره المصنف وهو قوله للذي قذف امراته بالزنى يعني هلال بن امية ائت باربعة يشهدون
على صدق مقالتك والا فحد في ظهرك فلم يحفظ على ما ذكره والذي في البخاري ان النبي صلى الله عليه وسلم قال

البينة واما تحذيره ظهرك نعم اخرجه ابو يعلى في مسنده حدثنا مسلم بن ابي مسلم الجرمي حدثنا محالد
بن الحسين عن مسلم عن ابن سيرين عن انس ان ماعز بن مالك قال يا رسول الله اني زنيت فاقم علي كتاب
الله فاعرض عنه فعاد حتى قالها اربع مرات فقال صلى الله عليه وسلم انك قد قلتها اربع مرات فبمن
قال بفلانة قال هل ضاجعتها قال نعم قال هل باشرتها قال نعم قال هل جامعتها قال نعم فامر به ان يرجم
فاخرج الى الحرة فلما وجد مس الحجارة جزع فاشتد فلقيه عبد الله ابن انيس وقد عجز اصحابه
فنزع بوظيف بعير فرماه به فقتله ثم اتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك فقال هلا تركته لعله
ان يتوب فيتوب الله عليه ورواه عبد الرزاق في مصنفه فقال فيه فامر به ان يرجم فرجم فلما بغل حر
الخطاب عنه بحجر بعير فاصاب راسه فقتله واما في الاستشهاد عن الامر بالحتمة الاحتياط لما قال
لانه عساه غير المعترف في الخروج عناه بان ظن حماسة العرجين حرا مازنى او كان يظن ان كل وطئ محرم زنى
يوجب الحد فيشهد بالزنى فلهذا الاحتمال يساله عن الزنا ما هو وانه يحتمل كونه كان مكرها وبرئ من الاكراه
على الزنا لا يتحقق فيكون مختارا فيه كما روى عن ابي حنيفة فيشهد به فلهذا يساله عن كيفيته وفي التحقيق
هو ما لم تتعلق بالزنا نفسه ثم يحتمل كون المشهود به زنى في دار الحرب وليس فيه حد عندنا فلهذا يساله
اين زنى ويحتمل كونه في زمان متقادم والاحد فيه اذا ثبت بالبينة او في رئس صباه فلهذا يساله متى
زنا واحد التقادم سياتي ثم يحتمل كون المزني بها ممن لا يحد بزناها وهم ما يعلمون لجارية ابنه او كانت جارية
ادر زوجته وما يعلم الشهود كما قال المغيرة حين شهد عليه كيف حمل هو لا ان ينظر وانه في بيتي وكانت في بيت
احدهم كوة يبدو للناظر منها ما في بيت المغيرة فاجتمعوا عنده فشهدوا وقال المغيرة والله ما اتيت الا امراتي
ثم ان الله تعالى درا عنه بعدم قبوله زيادة وهو الرابع رايته كالميل في المكحلة لحد عمر رضي الله عنه
الثلاثة ولم يجده لانه ما نسب اليه الزنى بل قال رايت قدمين محضوبتين وانفاسا عالية وكانا
يرتفع وينخفض وهو ما يوجب الحد واخرج عبد الرزاق في تفسيره عن عمر رضي الله عنه ثم ساله هم
ان يتوبوا فتاب اثنان فقبلت شهادتهما وابى ابو بكرة ان يتوب فكانت شهادته لا تقبل حتى مات
وعاد مثل النصف من العبادة انتهى فلهذا يساله عن المزني بها عن هي وقياسه في الشهادة على زنى امراة
ان يساله عن الزاني بها من هو فان فيه ايضا احتمال المذكور وزيادة وهو جواز كونه كان صبيا او
مجنونا بان امكنت احدهما فانه لا يجب عليها في ذلك حد على قول ابي حنيفة ولو ساله فلم يزد على قوله
انها زنت بها يجد المشهود عليه وان شهدوا انهم شهدوا بالزنا بخلاف ما لو وصفوه بغير صفته
فانهم يحدون وصار كما لو شهد اربعة فساق بالزنى لا يقضى بشهادتهم ويجدون لانهم يافون على
شهادتهم غير انهم لا يقبلوا وعلى هذا لو اقام القاذف اربعة من الفساق على صدق مقالته ليستوجب
به الحد عندنا خلافا لمالو شهد ثلاثة وابى الرابع فانا الشهادة على الزنا قذف لكن عند تمام الحجة
يخرج عن ان يكون قذفا فلهذا لم يتم بامتناعه بقي على الثلاثة قذفا فيحدون ولو شهد واحد فبين ثلاثة
اولم يزد واحد على الزنا كما يجد وما وقع في اصل المبسوط من ان الرابع قال اشهد انه زاني فسئل عن
صفته انه يحد حمل على انه قاله للقاضي في مجلس غير المجلس الذي شهد فيه الثلاثة قوله
واذا بينوا ذلك وقالوا رايناه وطيها في فرجها كالميل في المكحلة وهو بضم الميم والحاء وهو حاصل جواب
السوال عن كيفية الزنى في الحقيقة وسال القاضي عنهم فعدلوا في السر بان بينت وفرقا فاسماؤهم
واسماء محلتهم على وجه يتميز كل منهم لمن يعرفه فيكتب تحت اسمه هو عدل مقبول الشهادة والعلانية
بان يجمع بين العدل والشاهد فيقول هذا هو الذي عدلته وهذا ما وعد المصنف ببيانه في الشهادات
حكم بشهادته وهو الحكم بوجوب حده وبقي شرط اخر وهو ان يعلم ان الزنى حرام مع ذلك كله ويقل
في اشتراط العلم بحرمة الزنى اجماع الفقهاء ولم يكتف بظاهر العدالة وهو كونه مسلما لم يظهر عليه
فسق كما اكتفى به ابو حنيفة في الاموال اخذا للدراء ولما كان لزوم هذا على الحاكم موقوفا على ثبوت

بن نعيم بن هزال عن ابيه قال كان ماعز بن مالك في حجر ابي فاصاب جارية من الحي فقال له اي ابت ورسول الله
صلى الله عليه وسلم فاخبره بما صنعت لعله ان يستغفر لك فاتاه فقال يا رسول الله اني زنيت فاقم علي كتاب
الله فاعرض عنه فعاد حتى قالها اربع مرات فقال صلى الله عليه وسلم انك قد قلتها اربع مرات فبمن
قال بفلانة قال هل ضاجعتها قال نعم قال هل باشرتها قال نعم قال هل جامعتها قال نعم فامر به ان يرجم
فاخرج الى الحرة فلما وجد مس الحجارة جزع فاشتد فلقيه عبد الله ابن انيس وقد عجز اصحابه
فنزع بوظيف بعير فرماه به فقتله ثم اتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك فقال هلا تركته لعله
ان يتوب فيتوب الله عليه ورواه عبد الرزاق في مصنفه فقال فيه فامر به ان يرجم فرجم فلما بغل حر
الخطاب عنه بحجر بعير فاصاب راسه فقتله واما في الاستشهاد عن الامر بالحتمة الاحتياط لما قال
لانه عساه غير المعترف في الخروج عناه بان ظن حماسة العرجين حرا مازنى او كان يظن ان كل وطئ محرم زنى
يوجب الحد فيشهد بالزنى فلهذا الاحتمال يساله عن الزنا ما هو وانه يحتمل كونه كان مكرها وبرئ من الاكراه
على الزنا لا يتحقق فيكون مختارا فيه كما روى عن ابي حنيفة فيشهد به فلهذا يساله عن كيفيته وفي التحقيق
هو ما لم تتعلق بالزنا نفسه ثم يحتمل كون المشهود به زنى في دار الحرب وليس فيه حد عندنا فلهذا يساله
اين زنى ويحتمل كونه في زمان متقادم والاحد فيه اذا ثبت بالبينة او في رئس صباه فلهذا يساله متى
زنا واحد التقادم سياتي ثم يحتمل كون المزني بها ممن لا يحد بزناها وهم ما يعلمون لجارية ابنه او كانت جارية
ادر زوجته وما يعلم الشهود كما قال المغيرة حين شهد عليه كيف حمل هو لا ان ينظر وانه في بيتي وكانت في بيت
احدهم كوة يبدو للناظر منها ما في بيت المغيرة فاجتمعوا عنده فشهدوا وقال المغيرة والله ما اتيت الا امراتي
ثم ان الله تعالى درا عنه بعدم قبوله زيادة وهو الرابع رايته كالميل في المكحلة لحد عمر رضي الله عنه
الثلاثة ولم يجده لانه ما نسب اليه الزنى بل قال رايت قدمين محضوبتين وانفاسا عالية وكانا
يرتفع وينخفض وهو ما يوجب الحد واخرج عبد الرزاق في تفسيره عن عمر رضي الله عنه ثم ساله هم
ان يتوبوا فتاب اثنان فقبلت شهادتهما وابى ابو بكرة ان يتوب فكانت شهادته لا تقبل حتى مات
وعاد مثل النصف من العبادة انتهى فلهذا يساله عن المزني بها عن هي وقياسه في الشهادة على زنى امراة
ان يساله عن الزاني بها من هو فان فيه ايضا احتمال المذكور وزيادة وهو جواز كونه كان صبيا او
مجنونا بان امكنت احدهما فانه لا يجب عليها في ذلك حد على قول ابي حنيفة ولو ساله فلم يزد على قوله
انها زنت بها يجد المشهود عليه وان شهدوا انهم شهدوا بالزنا بخلاف ما لو وصفوه بغير صفته
فانهم يحدون وصار كما لو شهد اربعة فساق بالزنى لا يقضى بشهادتهم ويجدون لانهم يافون على
شهادتهم غير انهم لا يقبلوا وعلى هذا لو اقام القاذف اربعة من الفساق على صدق مقالته ليستوجب
به الحد عندنا خلافا لمالو شهد ثلاثة وابى الرابع فانا الشهادة على الزنا قذف لكن عند تمام الحجة
يخرج عن ان يكون قذفا فلهذا لم يتم بامتناعه بقي على الثلاثة قذفا فيحدون ولو شهد واحد فبين ثلاثة
اولم يزد واحد على الزنا كما يجد وما وقع في اصل المبسوط من ان الرابع قال اشهد انه زاني فسئل عن
صفته انه يحد حمل على انه قاله للقاضي في مجلس غير المجلس الذي شهد فيه الثلاثة قوله
واذا بينوا ذلك وقالوا رايناه وطيها في فرجها كالميل في المكحلة وهو بضم الميم والحاء وهو حاصل جواب
السوال عن كيفية الزنى في الحقيقة وسال القاضي عنهم فعدلوا في السر بان بينت وفرقا فاسماؤهم
واسماء محلتهم على وجه يتميز كل منهم لمن يعرفه فيكتب تحت اسمه هو عدل مقبول الشهادة والعلانية
بان يجمع بين العدل والشاهد فيقول هذا هو الذي عدلته وهذا ما وعد المصنف ببيانه في الشهادات
حكم بشهادته وهو الحكم بوجوب حده وبقي شرط اخر وهو ان يعلم ان الزنى حرام مع ذلك كله ويقل
في اشتراط العلم بحرمة الزنى اجماع الفقهاء ولم يكتف بظاهر العدالة وهو كونه مسلما لم يظهر عليه
فسق كما اكتفى به ابو حنيفة في الاموال اخذا للدراء ولما كان لزوم هذا على الحاكم موقوفا على ثبوت

البينة واما تحذيره ظهرك نعم اخرجه ابو يعلى في مسنده حدثنا مسلم بن ابي مسلم الجرمي حدثنا محالد
بن الحسين عن مسلم عن ابن سيرين عن انس ان ماعز بن مالك قال يا رسول الله اني زنيت فاقم علي كتاب
الله فاعرض عنه فعاد حتى قالها اربع مرات فقال صلى الله عليه وسلم انك قد قلتها اربع مرات فبمن
قال بفلانة قال هل ضاجعتها قال نعم قال هل باشرتها قال نعم قال هل جامعتها قال نعم فامر به ان يرجم
فاخرج الى الحرة فلما وجد مس الحجارة جزع فاشتد فلقيه عبد الله ابن انيس وقد عجز اصحابه
فنزع بوظيف بعير فرماه به فقتله ثم اتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك فقال هلا تركته لعله
ان يتوب فيتوب الله عليه ورواه عبد الرزاق في مصنفه فقال فيه فامر به ان يرجم فرجم فلما بغل حر
الخطاب عنه بحجر بعير فاصاب راسه فقتله واما في الاستشهاد عن الامر بالحتمة الاحتياط لما قال
لانه عساه غير المعترف في الخروج عناه بان ظن حماسة العرجين حرا مازنى او كان يظن ان كل وطئ محرم زنى
يوجب الحد فيشهد بالزنى فلهذا الاحتمال يساله عن الزنا ما هو وانه يحتمل كونه كان مكرها وبرئ من الاكراه
على الزنا لا يتحقق فيكون مختارا فيه كما روى عن ابي حنيفة فيشهد به فلهذا يساله عن كيفيته وفي التحقيق
هو ما لم تتعلق بالزنا نفسه ثم يحتمل كون المشهود به زنى في دار الحرب وليس فيه حد عندنا فلهذا يساله
اين زنى ويحتمل كونه في زمان متقادم والاحد فيه اذا ثبت بالبينة او في رئس صباه فلهذا يساله متى
زنا واحد التقادم سياتي ثم يحتمل كون المزني بها ممن لا يحد بزناها وهم ما يعلمون لجارية ابنه او كانت جارية
ادر زوجته وما يعلم الشهود كما قال المغيرة حين شهد عليه كيف حمل هو لا ان ينظر وانه في بيتي وكانت في بيت
احدهم كوة يبدو للناظر منها ما في بيت المغيرة فاجتمعوا عنده فشهدوا وقال المغيرة والله ما اتيت الا امراتي
ثم ان الله تعالى درا عنه بعدم قبوله زيادة وهو الرابع رايته كالميل في المكحلة لحد عمر رضي الله عنه
الثلاثة ولم يجده لانه ما نسب اليه الزنى بل قال رايت قدمين محضوبتين وانفاسا عالية وكانا
يرتفع وينخفض وهو ما يوجب الحد واخرج عبد الرزاق في تفسيره عن عمر رضي الله عنه ثم ساله هم
ان يتوبوا فتاب اثنان فقبلت شهادتهما وابى ابو بكرة ان يتوب فكانت شهادته لا تقبل حتى مات
وعاد مثل النصف من العبادة انتهى فلهذا يساله عن المزني بها عن هي وقياسه في الشهادة على زنى امراة
ان يساله عن الزاني بها من هو فان فيه ايضا احتمال المذكور وزيادة وهو جواز كونه كان صبيا او
مجنونا بان امكنت احدهما فانه لا يجب عليها في ذلك حد على قول ابي حنيفة ولو ساله فلم يزد على قوله
انها زنت بها يجد المشهود عليه وان شهدوا انهم شهدوا بالزنا بخلاف ما لو وصفوه بغير صفته
فانهم يحدون وصار كما لو شهد اربعة فساق بالزنى لا يقضى بشهادتهم ويجدون لانهم يافون على
شهادتهم غير انهم لا يقبلوا وعلى هذا لو اقام القاذف اربعة من الفساق على صدق مقالته ليستوجب
به الحد عندنا خلافا لمالو شهد ثلاثة وابى الرابع فانا الشهادة على الزنا قذف لكن عند تمام الحجة
يخرج عن ان يكون قذفا فلهذا لم يتم بامتناعه بقي على الثلاثة قذفا فيحدون ولو شهد واحد فبين ثلاثة
اولم يزد واحد على الزنا كما يجد وما وقع في اصل المبسوط من ان الرابع قال اشهد انه زاني فسئل عن
صفته انه يحد حمل على انه قاله للقاضي في مجلس غير المجلس الذي شهد فيه الثلاثة قوله
واذا بينوا ذلك وقالوا رايناه وطيها في فرجها كالميل في المكحلة وهو بضم الميم والحاء وهو حاصل جواب
السوال عن كيفية الزنى في الحقيقة وسال القاضي عنهم فعدلوا في السر بان بينت وفرقا فاسماؤهم
واسماء محلتهم على وجه يتميز كل منهم لمن يعرفه فيكتب تحت اسمه هو عدل مقبول الشهادة والعلانية
بان يجمع بين العدل والشاهد فيقول هذا هو الذي عدلته وهذا ما وعد المصنف ببيانه في الشهادات
حكم بشهادته وهو الحكم بوجوب حده وبقي شرط اخر وهو ان يعلم ان الزنى حرام مع ذلك كله ويقل
في اشتراط العلم بحرمة الزنى اجماع الفقهاء ولم يكتف بظاهر العدالة وهو كونه مسلما لم يظهر عليه
فسق كما اكتفى به ابو حنيفة في الاموال اخذا للدراء ولما كان لزوم هذا على الحاكم موقوفا على ثبوت

اجاب الدرء ما امكن استدل عليه بما رواه ابو يعلى في مسنده من حديث ابي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله
عليه وسلم ادرؤا الحدود ما استطعتم ورواه الترمذي من حديث عائشة رضي الله عنها عنه صلى الله عليه وسلم
قال ادرؤا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فان كان له مخرج فخلوا سبيله فان الامام ان يخطئ في
العفو خير من ان يخطئ في العقوبة قال الترمذي لا نعرفه مرفوعا الا من حديث محمد بن ربيعة عن
زيد بن ثابت رفعه ويزيد ضعيف واسنده في علله عن البخاري يزيد منكر الحديث ذاهب وصححه
الحاكم وتعقبه الذهبي به قال البيهقي والموقوف اقرب لا الصواب لا شك ان هذا الحكم وهو درء الحد
مجمع عليه وهو اقوى وكان ذكر هذا ذكر المستند الاجماع واعلم ان القاضي لو كان يعلم عدالة الشهود
لا يجب عليه السؤال عن عدالتهم لان علمه يغنيه عن ذلك وهو اقوى من الكامل له من تعديل المزكي ولو ماشت
من اهدار الشرع عليه بالزنى في افامة الحد بالسمع الذي ذكرناه لكان يجوز له لكن ثبت ذلك هناك
ولم يثبت في تعديل الشهود اهدار عليه بعد النهي فوجب اعتباره قوله قال في الاصل اي قال اذا وصف
الشهود الاشياء المذكورة حبس القاضي الشهود عليه بالزنا الى ان يسأل عن عدالة الشهود وانه
منهم وقد هرب وانوجه لا خذ الكفيل منه لان اخذ الكفيل نوع احتياط وليس بمشروع فيما يندرئ بالشبهات
فان قيل الاحتياط في الحبس اظهر منه في اخذ الكفيل اجاب بان حبسه ليس للاحتياط بل هو تعذير له انه صار
متهما بالفواحش بشهادة هؤلاء وان لم يثبت الزنى الموجب للحد بعد وحبس المتهمين تعزير لهم جائز
بخلاف ما اذا شهد والد المدين لا يحبس المشهود عليه به قبل ظهور عدالة الشهود لان اقصى العقوبات هناك
بعد ثبوت العدالة والقضاء بموجب الشهادة الحبس فلا يجوز ان يفعل قبل ثبوت الحق بخلاف ما هنا
فان بعد الثبوت عقوبته اغلظ وهذا هو الفرق الذي وعد المصنف بقوله وسيأتيك الفرق
واما قوله حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا بالتهمة فاخرج ابو داود والترمذي والنسائي عن بهز
بن حكيم عن ابيه عن جده به ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا في تهمة زاد الترمذي
والنسائي ثم خلى عنه وحسنه الترمذي وصححه الحاكم وروى عبد الرزاق في مصنفه عن عوال بن مالك
قال اقبل رجلان من بني غفار حتى نزلا بفجاج من ميان المدينة وعندها ناس من غطفان معهم ظهر فاجبع
الغطفانيون وقد فقدوا بعيرين من ابلهم فاتهموا الغفاريين فاتوا بهم الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
فحبس احدهم الغفاريين وقال للاخر اذهب فالتمس فلما ان لا يسير اخي جاءها فقال النبي صلى الله عليه وسلم
لاحد الغفاريين استغفر لي فقال اغفر الله لك يا رسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ولك وقتلك
في سبيل الله فقتل يوم اليمامة قوله والاقرار ان يتداخل العاقل البالغ على نفسه بالزنى
اربع مرات قدم الثبوت بالبينة لانه المذكور في القرآن ولان الثابت بها اقوى حتى يندفع
الكذب بالعذار والتقادم ولانها حجة متعدية والاقرار قاصر ولا بد من كونه صريحا ولا يظهر
كذبه ولذا قلنا لو اقر الاخرس بالزنا بكتابة او اشارة لا يجد للشبهة لعدم الرضا ولذا الشهادة
عليه تقبل لاحتمال ان يدعي شبهة كما لو شهدوا انه مجنون انه زنى في حال افاقته بخلاف الاعمى حيث
والشهادة عليه ولذا الخرس والعنين ولو اقر فظهر مجبوبا او اقرت فظهرت رتقاء وذلك
بان يخبر النساء بانها رتقاء قبل الحد وذلك لان اخبارهما بالرتق يوجب شبهة في شهادة الشهود
وبالشبهة يندرئ الحد ولو اقر انه زنى بجارية اخرس لا حد عليه واحد منهما واختلف
في اشتراط تعدد الاقرار فشفاه الحسن وحماد ابن ابي سليمان ومالك وان في وابو ثور
واستدلوا بحديث العسيف حيث قال فيه واغد يا انيس على امراة هذا فان اعترفت فارجمها
ولم يتلو اربع مرات وعن الغامدية لم تقر اربعا وانما رد ماعزا لانه شك في امره فقال ابك جنون
وذهب البعض الى اشتراط الاربع واختلفوا انه اشتراط كمال في اربع مجالس من مجالس المقر فقال
بعضهم وناوشاه ابن ابي ليلى واحمد فيما ذكره واكتفوا بالاربع في مجلس واحد وما في الصحيحين ظاهر فيه

وهو ما عن ابي هريرة رضي الله عنه قال اتى رجل من المسلمين رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في المسجد فقال
يا رسول الله اني زنيت فاعرض عنه حتى بين في ذلك اربع مرات فلما شهد على نفسه اربع شهادات دعاه
رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ابك جنون فقال لا قال هل احصنت قال نعم فقال النبي صلى الله عليه وسلم اذهبوا
به فارجموه فرجمناه بالمصلى فلما ادلقته الحجارة هرب فادركناه بالحرة فرجمناه وهذا ظاهر في انه كان
في مجلس واحد قلنا نعم هو ظاهر فيه لكن اظهر منه في افادة مجالس ما في صحيح مسلم عن بريدة ان ماعزا اتى
النبي صلى الله عليه وسلم فرده ثم اتاه الثانية من الغد فرده ثم ارسل الى قومه هل تعلمون بعقله باسا فقالوا
ما نعلمه الا وفي العقل من صالحينا فاتاه الثالثة فارسل اليهم ايضا سالهم فاخبروه انه لا باس به ولا بعقله
فلما كان الرابعة حفر له حفيرة فرجمه واخرج احمد واسحق بن راهويه في مسنديهما وابن ابي شيبة في مصنفه
حدثنا وكيع عن اسرائيل عن جابر عن عامر عن عبد الرحمن بن ابزى عن ابي بكر رضي الله عنه قال اتى ماعز بن مالك
النبي صلى الله عليه وسلم فاعترف وانا عنده مرة فرده ثم جاء فاعترف عنده الثانية فرده ثم جاء فاعترف
عنده الثالثة فرده فقلت له ان اعترفت الرابعة رجمك قال فاعترف الرابعة فحبسه ثم سأل عنه فقالوا
ما نعلم الا خيرا فامر به فرجم فحفر حفرة ثم امر به فرجم قال فجاء فرمى نفسه في الحفرة حتى مات
فشهد فمر على مجلس اخر وردي بن حبان في صحيحه من حديث ابي هريرة قال جاء ماعز بن مالك الى النبي
صلى الله عليه وسلم فقال ان الاعبد زنى فقال له ويلك وما يدريك ما الزنى فامر به فطرد واخرج ثم اتاه
الثانية فقال مثل ذلك فامر به فطرد واخرج ثم اتاه الثالثة فقال له مثل ذلك فامر به فطرد
واخرج ثم اتاه الرابعة فقال مثل ذلك فقال ادخلت واخرجت قال نعم فامر به فرجم فهذا وغيرها
مما يطول ذكره ظاهر في تعدد المجالس فوجب ان يحمل الحديث الاول عليها وان قوله فتنحى تلقاء وجهه مردود
الى قوله الاول اقر اربعا لانه في مجلس واحد وقوله حتى يسمع ذلك اربع مرات اي في اربع مجالس فانه
لا بد في ذلك وقد تعددت الاحاديث على تعدد المجالس فيحمل عليه واما الكلام على المكتفين بمرة واحدة
فاما كونه الغامدية لم تقر الا مرة واحدة ممنوع بل اقرت اربعا يدل عليه ما عند ابي داود والنسائي
قال فكان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يتحدث ان الغامدية وماعز ابن مالك لو رجعا بعد اعترافهما
لم يطلبهما وانما رجمهما بعد الرابعة فهذا نص في اقرارها اربعا غاية ما في الباب انه لم يتقل انها صرحت
والرواة كثير ما يحذفون بعد صورة الواقعة على انه روى البزار في مسنده عن زكريا بن يحيى بن سليم
حدثنا شيخ من قريش عن عبد الرحمن ابن ابي بكرة عن ابيه فذكره وفيه انها اقرت اربع مرات وهو
يردها ثم قال لها اذهبي حتى تلدي الحديث غير ان فيه مجهولا لا تجيز جهالته بما يشهد له من حديث
ابي داود والنسائي واما كونه رد ماعزا اربعا كان لا ستر ابنه في عقله فان سلم لا يتوقف على ذلك
على الاربع والثلاثة موضوعة في الشرع للابلاء الاعذار لخيار الشرط جعل ثلاثا لان عندها ما يعذر
المعتوه والمرتد يستحب ان يوخر ثلاثة لعله يراجع نفسه في شبهة فلو لم نكن الاربعة عددا
معتبرا في اعتبار اقراره لم يؤخره بعد الثالثة وما دل على ذلك ترتيبه صلى الله عليه وسلم الحكم
عليها وهو مشعر بعليتها وكذا الصحابة فمن ذلك قوله في حديث هزال انك قذفتها اربعا فمن وهو
حديث اخرجه ابو داود والنسائي والامام احمد عن يزيد بن نعيم بن هزال عن ابيه قال كان ماعز
بن مالك في حجر ابي فاصاب جارية من الحي فقال له ايت رسول الله صلى الله عليه وسلم الحديث المتقدم
وزاد فيه احمد قال هشام فحدثني يزيد ابن نعيم عن ابيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له حين
راه والله يا هزال لو كنت سترته لكان خيرا لك مما صنعت به قال صاحب التنقيح اسناده صالح
ويزيد ابن نعيم روى له مسلم وذكره ابن حبان في الثقات وابوه نعيم ذكره في الثقات وهو مختلف
في صحبته وقد روي ترتيبه صلى الله عليه وسلم على الاربع جماعة بالفاظ مختلفة لكنا ما ذكرنا ومنها
في لفظ لابي داود عن ابن عباس انك قد شهدت على نفسك اربع مرات وفي لفظ لابن ابي شيبة

اليس انك قلت اربع مرات وتقدم من مسند احمد عن ابي بكر رضي الله عنه انه قال ليضربه بحضرته صلى الله عليه وسلم
ان اعترفت الرابعة رجمك الا ان في اسناده جابر الجعفي وكونه روى في الصحيح انه رده مرتين
او ثلاثا من اختصار الراوي والا فلا شك انه اقر اربعا وقوله في ذلك شهدت على نفسك
يؤخذ منه انه اعتبر الاقرار بالشهادة فكما اوجب سبحانه في الشهادة على الزنا اربعا على خلاف
المعتاد في غيره فكذا يعتبر في اقراره انزاله لكل اقرار منزلة شهادة واحد ولو لم يكن ذلك لكان النظر
والقياس يقتضيه واذن فقوله في حديث العسيف فان اعترفت فارجمها معناه الاعتراف المعهود في
الزنا بحيث انه كان معلوما بين الصحابة خصوصا لمن كان قريبا من خاصة رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا من حديث ابي
هريرة في استفسار ماعز انه رجمه بعد الخامسة ويا ويلي انه عد احاد الاقرار فان منها اقرار من في مجلس
واحد كما قدمناه في الجمع فكانت خمسا فان قيل يجوز كون رده ليرجع قلنا ينبغي ان يلقنه الرجوع ولكن في
مجلس الاقرار الموجب ولو كان الاقرار الموجب هو الاول للقنه بعده لانه يطلقه مختارا في اطلاقه
ليذهب وقد لا يرجع هكذا يوما بعد يوم وهذا ما علمت ان الائمة مخاطب بها الامام بالنص اذا ثبت السبب
عنده فيحرم عليه ان لا يعلم والا فات المقصود من الايجاب غير انه اذا رجع قبل رجوعه فالجاب
السبب مقيد بعدم الرجوع قبل الاقامة وهذا لا يوجب جواز رده واخرجه ليذهب فيرجع وقد
لا يرجع بل يذهب الى حال سبيل وهو مصرح على الاقرار غير انه يقول في نفسه ان الاقرار بهذا
الحق لا يوجب شيأ على الامام فيجلس في بيته مصرا على اقراره غير راجع عنه خصوصا في زمن لم
تعرف فيه تفاصيل هذه الاحكام للناس بعد واما ما روي ان الغامدية قالت له صلى الله عليه وسلم
اتريد ان ترددني كما رددت ماعزا والله اني لحبلى من الزنا فليس فيه دليل لاحد بل قالته قال اما لا
فاذهبي حتى تلدي فلما ولدت اتته بصبي في خرقة قالت هذا قد ولدته قال فاذهبي فارضعيه
حتى تفطميه فلما فطمته اتت بالصبي في يده كسرة خبز قالت هذا يا نبي الله قد فطمته وقد اكل
الطعام فدفع الصبي الى رجل من المسلمين ثم امر بها فحفر لها الى صدرها وامر الناس ان يرجموها
فتقتل خالد بن الوليد بحجر فرمى رأسها فنضح الدم على وجه خالد فسبها فسمع النبي صلى الله
عليه وسلم سبه اياها فقال مهلا يا خالد فوالذي نفسي بيده لقد تابت توبة لو تابها صاحب
مكس لغفر له وليس في هذا انه اعتبر قولها فلم يردها غاية الامر انه ردها وعياها الى ولادتها
ثم ردها الى فطامها للتفاوت الحال بان ثبت ح ثبوت حكم الرد مطلقا بسبب ظاهر في خصوص
هذا الرد ولعلها كانت وجعت اليه بصدر منها ما هو اقرار اذ لا بد ان يقع في مجلس ما شيء مما هي بصدده
هذا لو لم يكن ما تقدم مما يفيد ان اقرارها كان اربعا غير انه لما كان المجلس جامعا للمتفرقات
حتى بعد الواقع فيه واحدا وكان المقام مقام الاحتياط في الدرء اعتبر في الحكم بتعدد الاقرار بتعدد
مجالس المتعدد دون القاضي لانه الذي به تتحقق الاقرار وبه فارقت الشهادة فان الاربع
وان اعتبرت في مجلس واحد حتى لو جاؤا في مجالس حد والاخبار جاءت متفرقة فلا يعمل اعتبارا واحدا
بخلاف اقرار المقر فانه من واحد ظاهر فيه اعتبارا واتحادا وفي المجلس فاعتبر كذلك عند
الامكان تحقيقا للاحتياط واما ما قيل ان اشتراط الاربع في الشهادة لان الشاهد يتهم بخلاف المقر
فانهمة بعد العدالة والصلاح ممنوعة بل لاشك في الصدق واصل المشهود له لزم حتى لزم
الاشتراط لامكان النسيان فيذكر الاخر للتهمة وزوال التهمة بآخر وشرط في النساء ذلك ايضا
بالنص قال تعالى فتذكر احداهما الاخرى غير ان المرأة انما تخالط المرأة والرجل الاجنبي فلزمت
الاخرى لتذكرها قوله ثم امر النبي صلى الله عليه وسلم طرحا عز ان في كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة بعد
هذا اللفظ واقرب الالفاظ اليه ما ذكرنا من حديث بريدة بن جبان انه طرد واخرج فارجع اليه قوله
واذا بين ذلك اي بين وجه كما يقتضي دافعا للحد لم يذكر السؤال فيه عن الزمان ما نقول في زيد

وذكر في الشهادة لان تقادم العهد يمنع الشهادة دون الاقرار وهذا السؤال تلك الغاية فاذا لم
يكن التقادم مستقطا لم يكن في السؤال عنه فائدة ووجه الفرق بين الشهادة والاقرار في ذلك سيذكر المصنف
في باب الشهادة على الزنى وهذا بخلاف سؤال عمن زنيت لانه قد يتبين من الحد بوطء كما ذكرنا في جارية ابنه
بخلاف ما لو قال في جوابه لا اعرف التي زنيت بها فانه يحد لانه اقر بالزنى ولم يذكر ما يسقط كون فعله زنى
بل يضمن اقراره انه لا ملك له في المزني به لانه لو كان لعرفها اذ الانسان لا يجهل زوجته وامته والحاصل
انه اذا اقر اربع مرات انه زنى بامرأة لا بعينها فاحد وكذا اذا اقر انه زنى ببلانة وهي غايبة يحد
استحسانا بالحديث العسيف حد ثم ارسل الى المرأة فقال ان اعترفت فارجم وكان انتظار حضورها انما
هو لاحتمال ان تذكر مسقطا عنه وعندنا لا يجوز التاخير لهذا الاضرار لا يوخر اذا ثبت بالشهادة لاحتمال
ان ترجع الشهود او لانها شبهة الشبهة وبها يندرئ الحد ولو اقر انه زنى ببلانة وكذبته
وقالت لا اعرفه لا يجد الرجل عند ابي حنيفة وقالا يجد وعلى هذا الخلاف اذا اقرت انها زنت ببلان
وانكر فلان يحد هي عندهما لا عنده **قوله** وقال الشافعي يتم عليه الحد وهو قول ابن ابي ليلى والمسطور
في كتبهم انه لو رجع قبل الحد او بعدما اقيم عليه بعضه سقط وعن احمد كقولنا وعن مالك في قول
رجوعه روايتان فاستغنينا عن تحرير دليل ان فعي على تقديره فقوله كما اذا وجب بالشهادة
تحرير الجامع انه انكار بعد الثبوت كالرجوع عن الاقرار وهو ساكت فلما سالم الحاكم
الاسئلة الخمسة وتمت الحجة انكر ولا يخفى انه تكلف والحق ان الرجوع عن الاقرار بالزنى بعد الاقرار
به محل وصحته شرعا حكمه فيجب كون المحل هو الاصل رجوعا عن اقرار بعين وهو ليس بمتمحض في الشهادة
فتم في القصاص وحد القذف يعني لو اقر بهما ثم رجع لا يقبل فكذا لا يقبل في الزنا ولنا ان الرجوع خبر يحتمل
الصدق وليس احد يكذبه فيه فيتحقق به الشبهة في الاقرار السابق عليه فيندرئ بالشبهة لانه
ارجح من الاقرار السابق فانهم خلاف ما فيه حق العبد من القصاص وحد القذف لان العبد يكذبه في اخباره
الثاني فيتعدم الترجح في اخباره الاول بالكلية **قوله** ويستحب للامام ان يلقن المقر الرجوع لقوله
عليه الصلاة والسلام لماعز لعلك لمست او رددت في بعض احاديث ماعز لعلك مسستها لعلك قبلتها وعند
البخاري لعلك قبلت او غمزت او نظرت وقال في الاصل ينبغي ان يقول له لعلك تزوجتها او وطئتها
بشبهة والمقصود ان يلقنه ما يكون ذكره دارئا ليذكره كما كان ما كان كما قال رضي الله عليه وسلم
للسارق الذي جيء به اليه اسرقت وما اخاله سرق **فصل في كيفية اقامة الحد**
بعد ثبوت الحد لتكون اقامته فذكر كيفيته **قوله** واذا وجب الحد وكان الزاني محصنا هذا من الاحرف
التي جاء العامل فيها على فعل مفتوح العين يقال احصن فهو محصن في الغالب معدودة هي اسهب فهي مسهب اذا
اطال واسهب في الشيء ومنه قول المصنف في خطبة الكتاب معرضا عن هذا النوع من الاسهاب وقيل
لابن عمر ادع الله لنا فقال ان اكون من المسهبين بفتح الهاء والخاء والحيم افتقر فهو مفتوح
العامل والمفعول فيه سيان وقيل يكسرها ايضا اذا افلس وعليه دين **قوله** رجمه بالحجارة حتى
يموت عليه اجمع الصحابة ومن تقدم من علماء المسلمين وانكار الخوارج الرجم باطل لانهم ان انكروا حجية
اجماع الصحابة فجهل مركب بالدليل بل هو اجماع قطعي وان انكروا وقوعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم
لانكارهم حجية خبر الواحد فهو بعيد بطلانه بالدليل ليس مما نحن فيه لان ثبوت الرجم عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم متواتر المعنى كشجاعة علي ووجود حاتم والاحاديث تفاصيل صوره وخصوصياته اما اصل
الرجم فلا شك فيه ولقد كوشف بهم عمر رضي الله عنه وكاشف بهم حيث قال خشيت ان يطول بالناس
زمان حتى يقول قائل لا نجد الرجم في كتاب الله فيضلوا بترك فريضة انزلها الله الا وان الرجم حق على
من زنى وقد احصن اذا قامت البينة او كان الحبل او الاعتراف رواه البخاري وروى ابو داود
انه خطب وقال ان الله تعالى بعث محمدا صلى الله عليه وسلم بالحق وانزل عليه الكتاب فكان فيما انزل عليه

ابية الرجم فقرأناها ووعيناها ورجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ورجمنا من بعده اني خشيت ان يطول
بالناس زمان فيقول قائل لا نجد الرجم الحديث وكان لو لا ان يقال ان عمر زاد في كتاب الله لكتبتها
على حاشية المصحف وفي الحديث المعروف اي المشهور والمروي من حديث عثمان وعايشة وابي هريرة
وابن مسعود في الصحيحين من حديث ابن مسعود لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلاث الثيب الزاني
والنفس بالنفس والتارك لدينه والمفارق للجماعة وروى الترمذي عن عثمان انه اشرف عليهم يوم
الدار وقال انشدكم بالله اتعلمون ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلاث
زنى بعد احصان وارتداد بعد اسلام وقتل نفس بغير حق قالوا اللهم نعم قال فعلام تقتلوني الحديث
قال الترمذي حسن ورواه الشافعي في مسنده عن عثمان لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلاث
كفر بعد ايمان وزنى بعد احصان وقتل نفس بغير نفس ورواه البزار والحاكم وقال صحيح على شرط
الشيخين والبيهقي وابو داود والدارمي واخرجه البخاري عن فعله صلى الله عليه وسلم من قوله
اي ثلاثة حيث قال والله ما قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم احدا فقط الا باحدى ثلاث فصال رجل قتل
بحر بنفسه فقتل او رجل زنى بعد احصان او رجل حارب الله ورسوله وارتد عن الاسلام
والشك في رجم عمر وعلي رضي الله عنهما ولا يخفى ان قول المخرج حسن او صحيح في هذا الحديث
يراد به المتن من حيث هو وارفع في خصوص ذلك السند وذلك لانه في الشهرة وقطعية الثبوت
بالنظر فرد القبول والحاصل ان انكاره انكار دليل قطعي بالاتفاق فان الخوارج يوجبون
العمل بالمتواتر معنا او لفظا كسائر المسلمين الا ان انحرافهم عن الاختلاط بالصحابة والمسلمين
وتركهم التردد على المسلمين والرواة اوقعهم في جهالات كثيرة تحقق السمع عنهم والشهرة
ولذا حين عابوا على عمر بن عبد العزيز القول بالرجم لانه ليس في كتاب الله الرجم باعداد
الركعات ومقادير الزكوات قالوا ذلك لانه فعل صلى الله عليه وسلم والمسلمون فقال لهم وهذا ايضا
فعله هو والمسلمون **قوله** يخرجه الى ارض فضاء كان في الحديث الصحيح قال فرجمناه يعني
ماعزا بالمصلى وفي مسلم وابي داود فانطلقنا به الى بقيع الغرقد فكان المصلى كان به فكان المراد
مصلى الجنائز فتتفق الحديثان واما مافي الترمذي من قوله فاسرعوا به في الرابعة فاخرج الى
الحرة فرجم بالحجارة فان لم يتناول على انه اتبع من هرب حتى اخرج الى الحرة والا فهو غلط كما
الصحاح والحسان متظافرة على انه انما صار الى الحرة بعد ان ذهب به الى البقيع ليرجم هناك
الرجم بين الحدبان يوجب ضررا من بعض الناس لبعض للضيق **قوله** وبدأ الشهود
برجمه ثم الامام ثم الناس وهذا شرط حتى لو امتنع الشهود عن الابتداء سقط الحد عن المشهود عليه
والجحود من هؤلاء امتناعهم ليس صريحا في رجوعهم ولو كان ظاهرا ففيه احتمال كونهم تضعف
نفوسهم عن القتل وان كان بحق كما نراه في المشاهد من امتناع بعض الناس عن ذبح الحيوان الحلال
الاكل والاطعمة بل ومن حضوره فكان امتناعهم شبهة في درء الحد عن المشهود عليه وهذا الاحتمال
شبهة في اندفاع الحد عنهم وقيل يحدون والاول رواية المبسوط وقال الشافعي رحمه الله ليس شرطا اعتبارا
بالحد يعني فانه اذا ثبت الحد بالشهادة على غير المحصن لا يشترط في اقامة الحد ابتداء الشهود واجاب
بالفرق بان الجلد لا يحسنه كل احد فقد يقع لعدم الخبرة مهلكا وهو غير مستحق بخلاف الرجم فان المقصود
منه الاهلاك فلا يلزم من عدم اشتراط ابتدائهم بالجلد عدمه في الرجم وهذا دفع لا كافة واما اثبات
المذهب فبقول علي رضي الله عنه بناء على وجوب تقليد الصحابي فان قوله في ذلك ليس مما يدرك بالعقل
معناه ليحمل على السماع لانه علله بان امتناعهم دلالة الرجوع فان ان هذا ينتشأ هل في الاداء فعند
مباشرة القتل بتعاظم ذلك فيندفع الحد بتحقق هذه الدلالة وهذا هو قول المصنف لانه دلالة
الرجوع وقول بعضهم انه شبهة الرجوع حقيقة والرجوع شبهة فاحتمال شبهة الشبهة وبالله يندرئ

الحد

الحد على ما عرف وسيأتي انه يصح بناء على ان الامتناع من الابتداء ليس ظاهرا في الرجوع بل يحتمله احتمالا
مرجوحا فان الغالب على الناس جور الطباع عن القتل حتى يمتنع كثير عن ذبح المباح كالاضحية والدجاجة
فكيف بالادمي فالامتناع عن قتله لا يكون ظاهرا في الرجوع بل ظاهر فيما هو الغالب وهو عدم
قتل الانسان فكان نحو الامتناع شبهة الرجوع لا دلالته وهو غلط لانا لم نشترط الابتداء لتعلم
بل برميه حتى لو رماه بحصاة صغيرة حصل الشرط فامتناعه عن مثل ذلك دليل رجوعه لكنه
دليل فيه شبهة فانه اذا رآه لا يقطع بوجود المدلول معه فكان ثبوت الرجوع عند الامتناع فيه
شبهة والرجوع الذي فيه شبهة رجوع بخلاف شبهة الرجوع واحتماله لا يقال احتمال الرجوع رجوع
والرجوع شبهة فكان الثابت شبهة في الشهادة لا شبهة الشبهة وحين لزم كون الثابت
بالامتناع رجوعا فيه شبهة كان الثابت قذفا فيه شبهة بخلاف صريح الرجوع فان به يظهر
ان تلك الشهادة قذف لا شبهة فيجد به هناك ولا يجد بدلالة الرجوع اذ لم تكن دلالة قطعية
يوجد معها المدلول قطعا لثبوت الشبهة في القذف على ما ذكرناه واما ثبوت ذلك عن علي رضي الله
عنه فما خرج ابن ابي شيبة حدثنا عبد الله بن ادريس عن يزيد عن عبد الرحمن بن ابي ليلى ان عليا
كان اذا شهد عنده الشهود على الزنا امر الشهود ان يرجموا ثم يرجم هو ثم يرجم الناس فاذا كان
بافرار ابدأ هو فرجم ثم رجم الناس قال وحدثنا ابو خالد الاحمر عن الحجاج عن الحسن بن سعيد
عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن علي رضي الله عنه قال ايها الناس ان الزنا زنا ان زنا السر
وزنا العلانية فزنا السر ان تشهد الشهود فيكون الشهود اول من يرمي ثم الامام ثم الناس
وزنا العلانية ان يظهر الحبل او الاعتراف فيكون الامام اول من يرمي قال وفي يده ثلاثة
احجار فرماها بحجر فصاب مدغها فاستدارت ورمى الناس ورواه الامام احمد في مسنده
عن الشعبي قال كان لشراحة زوج غايب بالشام وانها حملت فجاءها مولاها فقال ان هذه زنت
فاعترفت فجلدها يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة وحفر لها في السرح وانا شاهد ثم قال ان الرجم
سنة سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو كان شهد عليها هذا احد كان اول من يرمي الشاهد يشهد
ثم يتبع شهادته حجر ولكنها اقرت فانا اول من يرمي بحجر ثم رماها الناس ورواه البيهقي عن
الاجلح عن الشعبي عن علي وفيه انه قال لها لعله وقع عليك وانت نايمة قالت لا قال لعله
استكرهك قالت لا قال فاسرع فيها فحبست فلما وضعت ما في بطنها اخرجها يوم الخميس فضربها
مايه وحفر لها يوم الجمعة في الرحبة واحاط الناس بها الحديث وفيه ايضا انه صفهم ثلاث صفوف
ثم رجمها ثم امرهم فرجم صف ثم صف ثم صف وادرد ان اثبات اشتراط البداءة بهذا زيادة على
النص بالهود ومن خبر الواحد واصلاح الايراد انه تقييد للقطعي المطلق فكان كتقييد
مطلق الكتاب به والجواب ان حكم القطعي هنا هو مجموع وجوب الرجم ودرءه بالشبهة فاذا
دار الامر على ان البداءة شرط لزم ان عدمها شبهة فيندرئ به الحد عملا القطع بوجوب درء هذا
الحكم القطعي بالشبهة وموت الشهود مستمرا واحدهم وكذا اذا غابوا او غاب احدهم فظاهر
الرواية احترازا عن رواية عن ابي يوسف ان بدائهم مستحبة لا مستحقة فلو امتنعوا او ماتوا
او غابوا يقيم الحد وكذا يسقط الحد باعتراض ما يخرج من اهلية الشهادة كما لو ارتد احدهم او عمي او خرس
او فسق او قذف محدودا فرق في ذلك بين كونه قبل القضاء او بعده قبل اقامة الحد وهذا
اذا كان محصنا وفي غير المحصن قال الحاكم في الكافي يقام عليه الحد في المرض والغيبة ولو كان
بعضه مقطوع اليدين او مريض لا يستطيع الرمي وحضر وامر من يرمي للقاضي ولو قطعت يده
الشهادة امتنعت الاقامة وقد يقال اذا كان شرطا فتفوات الشرط كيف كان يمنع المشروط
وايضا فالعجز لم للضعف ليس فوق عجزهم بالموت اما ان شمس الائمة فرق بانهم اذا كانوا مستطيعي

الايدي لم يستحق البداة بهوا ما هنا فقد استمتت فاذا انفذ ربا لموت او الغيبة صار كالو
امتنعوا وهذا تقييد لشرطيته بكون الشهود قادرين على الرجم ولا شك ان المعنى المستفاد
بجميع ومما يبطل الشهادة ويسقط الحد ان يعترف المشهود عليه بالزني قبل القضاء بالاتفاق
ولو اعترف بعد القضاء بالحد عن البينة سرة ليسقطه ابو يوسف ان يسقطه في الوجه الاول
كان كان شرط الشهادة عدم الاقرار فانه شرط قبل العمل بها وقد علم ان الامضاء القضاء الحدود
وكان كالرد وقالته بحد رحمه الله **قوله** وان كان مقرا بعد الامام ثم الناس كذا روي عن علي رضي الله عنه
وهو ما ذكرناه انفا وقوله ورمي صلى الله عليه وسلم الغامدية بحصاة مثل الحمصة رواه ابو داود عن
عن زكريا بن عمران قال سمعت شيخنا يحدث عن بن ابي بكرة عن ابيه عن النبي صلى الله عليه وسلم رجم الغامدية
فحفر لها الى الثندوة ثم ذكر اسنادا اخر وزاد ثم رماها بحصاة مثل الحمصة وقال ارموا واتقوا
الوجه فلما طفيت اخرجها وصلى عليها ورواه النسائي والطبراني والبزار وفيه مجهول وانت تعلم
انه لو تم امر هذا الحديث بالصحة لم يكن فيه دليل على الاشتراط فالمعول عليه ما ذكرنا من كلام
علي رضي الله عنه واعلم ان مقتضى هذا انه لو امتنع الامام لا يحل للقوم رجمه ولو اسرهم لعلهم بفوات
شرط الرجم وهو منتف برجم ماعز فان القطع بانه صلى الله عليه وسلم لم يحضر بل رجمه الناس عن امر
صلى الله عليه وسلم ويمكن الجواب بان حنيفة مال عليه على قول انه يجب على الامام ان يامرهم بالبداءة
احيانا لثبوت دلالة الرجوع وعدمه وان يبتدي هو في الاقرار لينكشف للناس انه
لم يقصر في امر القضاء بان لم يتساهل في بعض شروط القضاء بالحد فاذا امتنع حينئذ ظهر له امارة
الرجوع فامتنع الحد لظهور شبهة تقصير في القضاء وهي داريه فكان البداءة في معنى الشرط اذ لزم
عن عدمه العدم لا انه جعل شرطا بذاته وهذا لان حقه صلى الله عليه وسلم منتف فلم يكن عدم رجمه
دليلا على سقوط الحد اذا لم يبد واعلم ان مقتضى ما ذكرنا انه لو بدا الشهود فيما اذا ثبت بالشهادة
يجب ان يتبنى الامام فلو لم يتبن الامام يسقط الحد لان الشهود هاهنا قالوا ويسقط الحد بمن رجم ان يقصد
قتله لانه المقصود ولانه تيسر عليه الا ان يكون ذا رحم محرم منه فلا يقصد ويكتفي بفرجه فيه
قوله ويغسل ويكفن ويصلى عليه لقوله صلى الله عليه وسلم في ماعز اصنعوا به كما تصنعون باموالكم وروى ابن ابي شيبة
عن ابي معوية عن ابي حنيفة عن علقمة بن مرثد عن ابن بريدة عن ابيه بريدة قال لما رجم ماعز
قالوا يا رسول الله ما نصنع به قال اصنعوا به ما تصنعون موتاكم من الغسل والكفن والحنوط والصلاة
عليه واما ما لا نه صلى الله عليه وسلم على الغامدية فاخرجه النسائي الا البخاري من حديث عمران بن الحصين
ان امراة من جهينة اتت النبي صلى الله عليه وسلم وهي حبلى من الزنا فقالت يا نبي الله اصبت حدا فاقمه
علي الحديث بطوله الى ان قال ثم امر بها فرجمت ثم صلى عليها فقال له عمر اتصلي عليها يا نبي الله وقد زنت
فقال لقد تابت توبة لو قسمت على سبعين من اهل المدينة لوسعتهم وهل وجدت توبة افضل
من ان جادت بنفسها لله ورواه مسلم في صحيحه النبي رفي من حديث جابر في امر ماعز قال ثم امر به فرجم وقال
له النبي صلى الله عليه وسلم ضرا وصلى عليه قال ابن القطان قيل للبخاري قوله وصلى عليه قاله غير محمد
قال لا ورواه الترمذي وقال حسن صحيح ورواه غير واحد منهم ابو داود وصححوه واما مرواه
ابو داود من حديث ابي برزة الاسلمي انه صلى الله عليه وسلم لم يصل على ماعز ولم ينه عن الصلاة عليه
ففيه مجاهيل فان فيه عن ابي بشر حدثني نفر من اهل البصرة عن ابي برزة ثم حديث جابر في
الصحيحين في ماعز وقال له خيرا ولم يصل عليه معارض صريح في صلاته عليه لكن المثبت اولى
من النافي لان على اصول الحنفية وهو ان النفي اذا كان من جنس ما يعرف بدليله يساوي الاثبات
ويطلب الترجيح بقوم لا ينتهض ان هذا النفي وهو كونه لم يصل عليه من ذلك اذ لا شك ان الصحابي اذا شهد
الصلوة بتمامها يعلم عدم صلاته عليه الصلوة والسلام او صلوته فيطلب الترجيح بغير ذلك وعن هذا ذهب

مالك الى انه يصلي عليه غير الامام والحاصل ان الصلاة عليه شرعا لا شك فيها فانه مسلم قتل بحق فيغسل
ويصلى عليه كالمقتول قصاصا بخلاف الشهيد فانه قتل بغير حق فلا يغسل ليكون الاثر شاهدا له والله ا
زيادة تشريفه بقيام اثر الشهادة يوم القيمة واما انه صلى الله عليه وسلم صلى على ماعز ففي حيز النفي
والغامدية من بني غامد حي من الازد قاله المبرد في الكامل وفي كتاب انساب العرب
غامد بطن من خزاعة وقد سمت في حديث عمران بن الحصين انت امراة من جهينة **قوله**
وان لم يكن محصنا وكان حرا فحده مائة جلدة لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد
منهما مائة جلدة وانما قدم الزانية مع ان العادة عكسه لانها هي الاصل اذ الداعية فيها اكثر
ولانها مكيفة لما يزين وهذا عام في المحصن وغيره نسخ في حق المحصن قطعا ونكتفينا في تعيين الناسخ
القطع برجم النبي صلى الله عليه وسلم فيكون من نسخ الكتاب بالسنة القطعية وهو ايضا مراد من قال
كون الناسخ الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموها البتة نكالا من الله والله عزيز حكيم لعدم القطع
بثبوتها قرانا ثم انتساخ تلاوتها وان ذكره عمر رضي الله عنه وسكت الناس فان كون الاجماع
السكوتي حجة مختلف فيه ومبتنى بر حجيته لا يقطع بان جميع المجتهدين من الصحابة رضوان الله
عليهم كانوا اذ ذاك حضورا ثم لا شك ان الطريق في ذلك لعلي عمر رضي الله عنه ظني ولهذا والله اعلم
قال علي رضي الله عنه فيما ذكرناه عنه ان الرجم سنة سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال اجلدتها
بكتاب الله ورجمتها بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينسبه للقران المنسوخ التلاوة ومعرض من
قوله ذلك انه قايل بعدم نسخ عموم الاية فيكون رايه ان الرجم حكم زايد في حق المحصن ثبت بالسنة
وهو قول قيل به ويستدل له بقوله صلى الله عليه وسلم الثيب بالثيب جلد مايه ورجم بالحجارة وفي رواية
ابي داود ورمي بالحجارة وسياتي السلام عليه **قوله** مبسوطا لا ممزقا له ضربا متوسطا قيل المراد
بتمزيق السوط عذبته وذنبه مستعار من واحد ثمر الشجر وفي الصحاح وغيره عقد اطرافه
ورجح المطرزي ارادة الاول هنا لما ذكر الطحاوي ان علي جلد الوليد بسوط له طرفان اربعين
جلدة الضرب ضربتين وفي الايضاح ما يوافقه قال ينبغي ان يضرب بسوط لم تمزق لانا لو اذا ضرب
بما تضرب كل ضربة ضربتين وفي الدراية لكن الشهود في الكتب لم تمزق له لا معقد عليه وقول المصنف
في الاستدلال على ان عليا لما اراد ان يقيم الحد كسر تمزيقه لا يحتمل الوجه الاول اصلا بل احد الامرين
اما العقدة واما تليين لم طرفه بالدق اذا كان يابسا وهو الظاهر وروى ابن ابي شيبة حدثنا
عيسى ابن يونس عن حنظلة السدوسي عن انس ابن مالك قال كان يومر بالسوط فتقطع ثمرته ثم
يدق بين حجرين حتى يلين ثم يضرب به قلت له في زمن من كان هذا قال في زمن عمر بن الخطاب
رضي الله عنه والحاصل ان المراد ان لا يضرب وفي طرفه يبس لانه حينئذ يخرج او يجرح فكيف
اذا كان فيه عقد ويفيد ذلك ما روى عبد الرزاق عن يحيى ابن ابي كثير ان رجلا اتى النبي صلى الله عليه وسلم
فقال يا رسول الله اني اصبت حدا فاقمه علي فدعا صلى الله عليه وسلم بسوط فاتي بسوط شديد
له ثمرة فقال سوط دون هذا فاتي بسوط مكسور لين فقال سوط فوق هذا فاتي بسوط بين
سوطين فقال هذا فامر به فجلد ورواه ابن ابي شيبة عن زيد ابن اسلم ان النبي صلى الله عليه وسلم
اتي برجل فذكر نحوه وذكر مالك في الموطا والحاصل ان محتمل كل من الثمرة معنى العقدة ومعنى الندوة
الذي يصير في نبين تعيين للمشترك في النفي لانه عين العدد ما نيه ولو يجوز بالتمر فيما شامل العقدة
ليس المجاز ما هو بل بس الطرف على ما ذكرنا كان اولى فانه لا يضرب بمثله حتى يدق راسه فيصير
متوسطا **قوله** بين الموجع وغير الموجع فيكون مولما غير موجع فلزم انه اراد بالموجع المبرح والا لم
يستقم ووجه هذا ظاهر ولو كان الرجل الذي وجب عليه الحد ضعيف الخلقة يخاف عليه الهلاك
يجلد جلدا خفيفا يحتمل **قوله** ينزع عنه ثيابه الا الازار لستر عورته قال مالك وقال ابو حنيفة

يترك عليه قميص او قميصان لان الامر المجرد لا يقتضي التجريد وقول المصنف ان عليا كان يامر بالتجريد زاد عليه شارح الكنز فقال صح ان عليا كان يامر بالتجريد في الحد وفاقا لما قال النخعي انه لم يعرف عن علي بل روي عنه خلافه وروى عبد الرزاق بسنده عنه انه اتي برجل في حد فضربه وعليه قميص فسطلاني فاعدا واسند ايضا الى ابراهيم النخعي انه قال لا الا ان يكون فروا او محشوا واسند عن ابن مسعود انه قال في هذه الامة تجريد ولا مد قوله ويتقي الضرب على اعضائه لان جمعه في عضو قد يفسده واستثنى الراسي الوجه والفرج وذكر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال للذي امره بضرب الحد اتق الوجه والمذاكير ولم يحتفظ المخرجون سوى قول علي رضي الله عنه في انه اتي برجل سكران او في حد فقال اضربوا كل عضو حقه واتق الوجه والمذاكير رواه ابن ابي شيبة وعبد الرزاق في مصنفيهما وسعيد بن منصور وقال ابن المنذر وثبت عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه قال وقد اتي برجل اضربوا كل عضو حقه قال ردينا هذا القول عن علي وابن مسعود والنخعي رضي الله عنه انتهى ولا شك ان معنى ما ذكره المصنف في الصحيحين من حديث ابي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا ضرب احدكم فليتق الوجه والمذاكير ولا شك ان هذا ليس مرادا على الاطلاق لانا نقطع ان في حال قيام الحرب مع الكفار لو توجه لاحد ضرب وجهه من مبارزة او هو في مقابلته حال الحمله لم يكف عنه اذ قد يمتنع عليه بعد ذلك ويقتله فليس المراد الا من يضرب صبرا في حد قتلا او غير قتل وفي القتل صرح ما تقدم من رواية ابي داود ومن حديث ابي هريرة انه صلى الله عليه وسلم رجم امراة فحفر لها الى السدور ثم قال ارموا واتقوا الوجه وحينئذ فلا شك ان قول عمر وعلي رضي الله عنهما اعط كل عضو حقه كما ذكره ابن المنذر هكذا مقتصر عليه عام مخصوص انهما لا يريدان قطعا ضرب الوجه والمذاكير وانما كان ذلك معلوما فلم يحتج لذكره في انه ذكر في رواية غيره عن علي كما حكيناه انفا وعاسمعت تعلم ان ما اورده المصنف ليس بعرض المطلوب والبعض الاخر وهو ضرب الراس يمكن بالمعنى الذي ذكره وهو انه يجمع حواس الباطنة فربما ينسد وهو احتمال لا معنى وهذا من المصنف ظاهر في ان قوله بانا الفعل في الراس لا ان يؤول وهي مختلفة بين الاصوليين وما قيل في المنظومة والكافي ان ان في رحمه الله تخص الظهر واستدلال الشارحين عليه بقوله صلى الله عليه وسلم لهلال ابن امية البينة والا فحد في ظهرك غير ثابت في كتبهم بل الذي فيها كقولنا وانا نلك رواية عن مالك انه خص الظهر وما يليه واجيب بان المراد بالظهر نفسه اي جد عليك بدليل ما ثبت عن كبار الصحابة من عمر وعلي وابن مسعود وما استنبطناه من قوله صلى الله عليه وسلم اذا ضرب احدكم فليتق الوجه وانه في نحو الحد مما سواه داخل في الضرب ثم خص منه الفرج بدليل الاجماع ومن محمد رحمه الله في التعزير يضرب الظهر وفي الحد والاعضاء والمذاكير جمع ذكر بمعنى العضو فرق في جمعه بين الذكر بمعنى الرجل حيث قال ذكران وذكور في ذكارة وبمعنى العضو ثم جمع على اعتبار تسمية ما حوله من كل جزء ذكرا كما قالوا ثاب مفارقة وانما له مفرق واحد قوله وقال ابو يوسف يضرب الراس ضربة واحدة رجع اليه بعد ان كان اولا يقول لا يضرب كما هو المذهب لحديث ابي بكر الذي ذكره وروى ابن ابي شيبة حدثنا وكيع عن المسعودي عن القاسم ان ابا بكر رضي الله عنه اتي برجل انتفى من ابيه فقال اضرب الراس فان فيه شيطانا والمسعودي مضعف ولكن روى الدارمي في مسنده عن سليمان ابن يسار ان رجلا انتفى له صبيغ قدم المدينة فجعل يسال عن متشابه القرآن فارسل اليه عمر واعد له عراجين النخل فقال له من انت فقال انا عبد الله صبيغ فاخذ عمر عرجونا من تلك العراجين فضربه على راسه وقال انا عبد الله عمر وجعل يضربه حتى دمي راسه فقال يا امير المومنين حسبك فقد ذهب الذي كنت اجد في راسي وهذا بناء في جواب المصنف بان ذلك كان في مستحق القتل ولو قلنا ان واقعة ابي بكر كانت فيه فان ضرب عمر الراس كان لرجل سلم ولذا ضرب ابي بكر للذي انتفى من ابيه هذا واستثنى بعض المشايخ وهو رواية عن ابي يوسف ايضا الصدر والبطن

وفيه

وفيه نظر بل الصدر من المحامل في الضرب بالسوط المتوسط عدا اليسير الذي يقتل في البطن فكيف بالصدر ونعم اذا فعل بالعصي كما يفعل في زماننا في بيوت الظلمة ينبغي ان لا يضرب البطن قوله ويضرب في الحد وكذا في التعزير قائما غير ممدود لقول علي رضي الله عنه لما اخره روى عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا الحسن بن عمارة عن الحكم عن يحيى ابن الجزار عن علي رضي الله عنه قال يضرب الرجل قائما والمراة قاعدة في الحد وحكى الشهرزوري عن العامة عن مثله والقائم ابلغ فيه والمراة مبنى لستر عليها الستر فكتفي بتشهير الحد فقط للزيادة وقوله غير ممدود قيل المد ان يلقى على الارض كما يفعل في زماننا وقيل ان يمد السوط بان يرفعه الضارب فوق راسه وقيل ان يبعد وقوعه على جسد المضروب على الجسد وفيه زيادة الم وقد يفضي الى الجرح وكل ذلك لا يفعل فلفظ ممدود ممنوع في جميع معانيه لانه في الشفي فجار تعميمه وان امتنع الرجل لم يقف ويصبر اياس يربطه على اسطوانة او يمسك قوله وان كان عبدا جلد خمسين لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب نزل في الاماء وايضا مما يعرف من دليل الخطاب والفرق بين الذكر والانثى بتنقيح المناط فيرجع به الى دلالة النص تنبيها على انه لا يشترط في الدلالة اولوية المسكوت بالحكم من المذكور بل المساواة تكفي فيه وقول بعضهم بدخلون بطريق التغليب عكس القاعدة وهي تغليب الذكور عليهن والنص فقط لان الكلام كان في تزوج الاماء بقوله ومن لم يستطع منكم طولا الى قوله من فتياتكم المومنات ثم تمم حكمهن اذا زنين لان الداعيه فيهن اقوى وهو حكمه تقديم الزانيه على الزاني في الاية وهذا الشرط اعني الاحصان لا مفهوم له فان على الارقاء نصف ما يه احصنوا او لم يحصنوا واسند ابو بكر الرازي الى ابي هريرة وزيد ابن خالد الجهني ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الامة اذا زنت ولم تحصن قال ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فبيعوها ولو بضفير وهو الحبل والقايلون بمفهوم المخالفة يجوزون ان يراد بدليل يدل عليه وروى مسلم وابو داود والنسائي عن علي قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اقيموا الحدود على ما ملكت ايمانكم من احصن ومن لم يحصن ونقل عن ابن عباس وطاوس لا حد عليه حتى يحصن بزوج وعلي هذا هو مفهوم المفهوم الا انه غير صحيح وقروء فاذا احصن بالبناء للفاعل وثنا دل على معنى اسلمن وحين لزم بسحانه نصف ما على المحصنات فاذا احصن لزم ان لا رجم على الرقيق لان الرجم لا يتنصف لان الرق منصف للنعمة فتنقص العقوبة لان الجناية عند تو فر النعم اغلظ فتكون ادعى الى التغليظ الى ترى الى قوله سبحانه يا نساء النبي من يات منكم بفاحشة مبينة يضعف لها العذاب ضعفين قوله والرجل والمراة في ذلك سواء للشمول النص اياها فان كان كل منهما محصنا رجم او فعلى كل الجلد او احدهما محصنا فعلى المحصن الرجم وعلى الاخر الجلد وكذا في ظهور الزنا عند القاضي بالبينة او الاقرار على ما سياتي وقوله غير ان المراة لا يامر استثنى من قوله سواء ولا ينزع عن المراة ثيابها الا المحشوة والفروة لان في تجريدها كشف العورة لان بدنها كله عورة الا ما عرف ووجهه ظاهر وقد المراة جالسة لما روينا يعني من فعله صلى الله عليه وسلم انه استثنى قوله وان حفر لها في الرجم جاز لهذا ولذلك حفر النبي صلى الله عليه وسلم للغامدية لما شدوتها بفتح الثاء والمعجمة مكان الواد وفتحها مع الواو فتوهمه ثدي الرجل او لحم الثديين والدار مضمومة منه في الوجهين وما قيل الذي للمراة الثندوة للرجل غير صحيح لحديث الذي وضع سيفه بين ثديه ولذا اعتذر علي رضي الله عنه للشراحة الهمدانيه بكثرة لبن وهي قتيلة كانت عيبة علي رضي الله عنه وقد مدحهم وقال في مدحه لم فلو كنت بوابا على باب جنة لقلت لهمدان ادخلي بسلام وتقدم حديث شراحة وفيه من رواية احمد عن الشعبي انه حفر لها الى السرة ثم قال المصنف ان ترك الحفر لم يضر لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يامر بذلك يعني لم يوجبه بناء على حقيقة الامر هو الايجاب وقال انه صلى الله عليه وسلم حفر

للفاسديه ومعلوم ان ليس المراد الا انه امر بذلك فيكون مجازا عن امر والا كانت مناقضة غريبة
فان مثلها انما يقع عند بعد العهد اما معه في سطر واحد فغريب وهو هنا كذلك **قوله** ولانه حفر
للرجل لانه صلى الله عليه وسلم لم يحفر لما عز وتقدم من رواية مسلم وتقدم من رواياته ايضا من حديث
ابي برزة الاسلمي انه حفر له وهو منكر لمخالفته الروايات الصحيحة المشهورة والروايات
الكثيرة المتظافرة **قوله** وان مبنى الحد على التشهير في الرجال لاحاجة لي التخصيص بل الحد مطلقا
مبني على التشهير غير انه يزاد في شهرته في حق الرجل لانه لا يمكن ذلك ويكتفى في المراة بالاخراج والاتيان
بها الى مجتمع الامام والناس وخصوصا في الرجم وامالي الجلد فقد قال تعالى وليشهد عذابهما طائفة
من المومنين اي الزانية والزاني فاستحبان يامر الامام طائفة اي جماعة ان يحضروا اقامة الحد وقد اختلف
في هذه الطائفة فعن ابن عباس واحد وبه قال احمد وقال عطا واسحق اثنان وقال الزهري ثلاثة
وقال الحسن البصري عشرة وعن ابن ابي ليلى ثلاثة اقوال اربعة واما قوله والربط والامساك غير مشروع
فلما تقدم من قوله ابن مسعود ليس في هذه الامة تجريد ولا مثلة ولان ما عز انتصب لهم فايعا لم يمسك
ولم يربط الا ان لا يصبروا على الم فحينئذ يمسك ويربط فاذا هرب في الرجم فان كان مقرا لا يتبع وترك
وان كان مشهودا عليه اتبع ورجم حتى يموت لان هربه رجوع ظاهرا ورجوعه يعمل في اقرار الذي
رجوع الشهود وذكر الطحاوي في صفة الرجم ان يصفوا ثلاثة صفوف كصفوف الصلاة فكلما رجمه صف
تنحوا ولم يذكر في الاصل بل في حديث علي رضي الله عنه في قصة شراحة على ما قدمناه من رواية البيهقي
عن الاجلح عن الشعبي وفيه احاط الناس بها واخذوا الحجارة قال ليس هذا الرجم اذن يصيب بعضكم
بعضا صفوا كصف الصلاة صف خلف صف لعلي ان قال ثم رجمها ثم امرهم فرجم صف ثم صف ثم صف
وقد انعقد اجماع الفقهاء والاعتبار يشهد للاحاديث وروي عن مالك انه لا باس بالتاديب في
المسجد خمسة اسواط قال ابو يوسف اقام ابن ابي ليلى الحد في المسجد فحظاه ابو حنيفة وفي الحديث
انه صلى الله عليه وسلم قال جنبوا صبيانكم مساجدكم ومجانينكم ورفع اصواتكم وشراكم وبيعكم واقامة
حدودكم وجمعكم وضعوا على ابوابها المطاهر ولانه لا يومن خروج النجاسة من المحدود
فيجب تنزيه عن المسجد **قوله** وابيح الموبى الحد على عبد الاباذن الامام وقال مالك في رواية عنه
يفعله بلا اذن ومن مالك الا ان الامة المزوجة واستثنى ابن حبيب من الموبى ان يكون ذميا
او مكاتبا او امراة وجرى ذلك على العموم حتى لو كان قتلا بسبب الردة او قطع الطريق
او قطعا للسرقة ففيه خلاف عند هم قال النووي الاصح المنصوص لغير الطلاق الجميع وفي الشهد ب
الاصح ان القتل والقطع للامام لما في الصحيحين من حديث ابي هريرة قال اتى رسول الله
صلى الله عليه وسلم عن الامة اذا زنت ولم تحصن قال ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها
ثم بيعوها ولو بضفير قال ابن شهاب لا ادري بعد الثالثة او الرابعة والضفير الحبل
وفي الستن عنه صلى الله عليه وسلم اقيموا الحدود على ما ملكت ايمانكم ولانه يملك تعزيرهم صيانة
للملك من الفساد فكذا الحد ولان له ولاية مطالبته عليه حتى ملك منه ما لا يملك الامام من
التصرف فملكه للاقامة عليه او لما من الامام ولنا ما روى الاصحاب في كتبهم عن ابن مسعود
وابن عباس وابن الزبير موقوفا ومرفوعا اربع الى الولاة الحدود والصدقات والجمعات
والفيء ولان الحد خالص حق الله فلا يستوفيه الا نايبه وهو الامام وهذا الاستدلال يتوقف
على صحة هذا الحديث وكونه حق الله فانا لا يستوفيه نايبه مسلم ولكن الاستدلال به تعرف
بالصحيح وقد دل على انه استناب في حقه المتوجه منه على الارقاموا اليهم بالحديث
السابق ودلالته على الاقامة بنفسه ظاهرة وان كنا نعلم انه ليس المراد الاقامة بنفسه
فانه لو امر به غيره كان ممتثلا فجاز كون المراد ذكر الامام ليامر باقامته لكن ما لم يثبت

المعارض

المعارض المذكور لا يجب الحمل على ذلك بل على الظاهر المتبادر من قول القائل اقام فلان الحد على فلان
او جلد فلان فلانا والمتبادر انه باشره او امر به على ان المتبادر احدهما في الثلاثة
مما هذا ان مع رفعه الى الحاكم ليحدث نوع من اسعر اعتياده على ان اقامة الحدود الى الامام
فالمتبادر اليه من ذلك اللفظ الا خير بخصوصه **قوله** واحصان الرجم ان يكون حرا عاقلا بالغا مسلما
قد تزوج امراة نكاحا صحيحا ودخل بها وهما على صفة الاحصان قيد باحصان الرجم لان احصان
القذف غير هذا كما سياتي والاحصان في اللغة المنع قال تعالى ليحصنكم من باسكم واطلق في استعمال
الشارع بمعنى الاسلام وبمعنى العقل وبمعنى الحرية منه ان ينكح المحصنات وبمعنى التزويج
وبمعنى الاصابة في النكاح وبمعنى العفة يقال احصنت اي عفت واحصنها زوجها قال في المبسوط
المتقدمون يقولون الاحصان سبعة وعد ما ذكرنا ثم قال فاما العقل والبلوغ فهما شرط الاهلية
للعقوبة وعلى ذلك اشار المصنف بقوله فالعقل والبلوغ شرط اهلية العقوبة والحرية
شرط تكميل العقوبة لان شروط الاحصان على الخصوص وشرط الدخول ثبت بقوله صلى الله عليه وسلم
الثيب بالثيب والثيب لا تكون الا بالدخول انتهى واختلف في اثنين من هذه الاسلام ويكذا
المصنف وكون كل واحد من الزوجين مسلما وبالاخر في شرائط الاحصان وقت الاصابة بحكم
النكاح فهو شرط عندنا خلافا لمالك فحي حتى لو تزوج الحر المسلم البالغ العاقل امة او صبية
او مجنونة او كتابية ودخل بها لا يصير الزوج محصنا بهذا الدخول حتى لو زنى بعد لا يرجم
عندنا خلافا له وكذا لو تزوجت الحرة البالغة العاقلة المسلمة من عبد او مجنون او صبي ودخل
بها لا تصير محصنة فلا ترجم لو زنت ولو تزوج مسلم ذمية فاسلمت بعد ما دخل بها ثم قبل
ان يدخل بها بعد الاسلام اي يطاها فانها لا ترجم وكذا لو اعتقت الامة التي هي زوجة الحر البالغ
العاقل المسلم بعد ما دخل بها لا ترجم لو زنى بها ولا يطاها بعد الاعتاق وعلى هذا لو بلغت بعد
ما دخل بها وهي صغيرة وكذا لو كانت تحته حتى مسلمة وهما محصنان فارتدا معا بطل احصانهما
واذا اسلما لا يعود احصانهما حتى يدخل بها بعد الاسلام وقولنا يدخل بها في نكاح صحيح يعني
يكون الصحة قائمة حال الدخول حتى لو تزوج من على طلاقها بتزوجها يكون النكاح صحيحا
فلو دخل بها عقيبه لا يصير محصنا لوقوع الطلاق قبله واعلم ان الاضافة في قولنا شرائط
الاحصان ينبغي ان يكون بيانية اي الشرائط التي هي الاحصان وكذا شرط الاحصان والكامل
ان الاحصان الذي هو شرط الرجم هي الامور المذكورة فيها جزاوم او هو هيئة تكون
باجتماعها فيها اجزاء علته وكل جزء علة فكل واحد منها شرط وجوب الرجم والمجموع علة
لوجوب الشرط المسمى بالاحصان والشرط ثبت سمعا او قياسا على ما اختاره فخر الاسلام
وغيره لا يقال كان الحد ثبت قياسا فكذا شروطه لانا نقول بل يجب ان يثبت شروطه
قياسا سلمنا عدم جواز نفس الحد اما العدم المعقول له او انه لا يثبت بما ازدادت فيه شبهة
واثبات الشرط احتيال للدرء لا يجابه نفي الثابت في تحقيقه وقد اثبت المصنف شرط اتفاقا فيها
في صفة الاحصان مع غيره بقوله بانها من دلايل النعم فان من النعم كون كل من الزوجين محافيا
للاخر في صفاته الشرعية ثم قال وقد شرع الرجم بالزنى عند استجماعها فيناط به
اي باستجماعها واذا ثبت نكلا يلزم ان ينتفي الحد بانتفاء كل منها لكون كل مثل الاخر فيلزم انتفاء
الظهور اثر وجود الشبهة في درء الحد وعدم قبولها في قصور الصارف فيندرء به وبيانه
ما ذكر في بيان كونها من دلايل النعم الصارفة عن الزنى لكمال اندفاع حاجته الى الوطي عنده
فكونه بالغا ان الصغير لا تكمل فيه رغبة الكبير والعكس وكذا المجنونة لا ترغب فيها بل يحمل
نفرة الطباع وكذا ينفر المسلم عن صحبة من يفارقه في دينه وشرفه وكذا يرى انحرافا طا بتزوج

الرقيق فلا تكون الرغبة من الجانبين واذا ظهر تفاضل الصارف وفيه تفاضل الغبطة كانت الخيانة عندها افحش وكان
كون العقوبة اغلظ وشرعت كذلك وشيوا الرجم عند استنجاعها به ان بالاستنجاع لها تخلاف الشرف والعلا الشرع
ما ورد به اعتبارها ونصب الشرع بالراي ممتنع ووجه عدم اعتبارها في تكميل العقوبة انها مدخل لها في تكميل الصار ن
وان كانت من دلايل التمو وذاك هو المعتبر واورد كيف يتصور كون الزوج كافرا وهي مسلمة كما يغيره ما ذكر في فترة
المسلم اجيب بان يكونا كافرين فتسلم هي فيطاها قبل عرض القاضي الاسلام عليه وابائه ومالم يفرق القاضي بينهما
بابائه هما زوجان قوله والشافعي رحمه الله بنا لنا في اشتراط الاسلام ان في الاحصان وكذا ابو يوسف
في رواية وبه قال احمد وقول مالك كقولنا فلو زنى الذمي الثيب الحر جلد عندنا ويرجم عندهم لما في الصحيحين
من حديث عبد الله بن عمر ان اليهود جاءوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكروا له ان امراة منهم ورجلا زنيا فقال
لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ما تجدون في التوريه في شان الرجم فقالوا نفضحهم ويجلدون فقال عبد الله
بن سلام كذبتم ان فيها الرجم فاتوا بالتوريه فنشروها فوضع احدهم يده على اية الرجم فقرا ما قبلها وما بعدها
فقال له عبد الله ارفع يدك فرفع يده فاذا فيها اية الرجم فقال صدق يا محمد فامر بهما النبي صلى الله عليه وسلم
فرجما والذي وضع يده على اية الرجم عبد الله ابن صوريا واجاب المصنف بانه انما رجمهما بحكم التوريه فانه
سالهم عن ذلك اولا وان ذاك كان عند ما قدم عليه الصلاة والسلام المدينه ثم نزلت اية حد الزنا وليس فيها
اشتراط الاسلام في الرجم ثم نزل حكم الاسلام بالرجم باشتراطه للاحصان وان كان غير متلو وعلم ذلك
من قوله عليه الصلاة والسلام من اشرك بالله فليس بمحصن رواه اسحق ابن راهويه في مسنده اخبرنا عبد
العزيز ثنا عبد الله عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من اشرك بالله فليس بمحصن قال اسحق
رفعه مرة فقال عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقفه مرة ومن طريقه رواه الدارقطني في سننه وقال لم يرفعه
عن اسحق ابن راهويه وبتقدير انه رجع عن ذلك والصواب انه موقوف قال في العناية ولفظ اسحق كما تراه ليس
فيه رجوع وانما ذكر عن الراوي انه مرة رفعه ومرة اخر جه مخرج الفتوى فلم يرفعه ولا شك ان مثله بعد
صحة الطريق اليه محكوم برفعه على ما هو المختار في علم الحديث من انه اذا تعارض الرفع والوقف حكم بالرفع
وبعد ذلك اذا اخرج من طريق ما ضعف لا يضر وانما قوله عليه الصلاة والسلام لا يحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الامة ولا الحرة العبد فامر اعلم به ومعناه رواه الدارقطني وابن عبدي من حديث ابي بكر بن
ابي مريم عن علي بن ابي طلحة عن كعب بن مالك انه اراد ان يتزوج بيهودية فقال له عليه الصلاة والسلام
لا تتزوجها فانها لا تحصنك وضعف بن ابي مريم وعلي بنه ابي طلحة لم يدركه كعبا لكن رواه بقية بن الوليد عن
عتبة بن تميم عن علي ابن ابي طلحة عن كعب وهو منقطع وانت تعلم ان الانقطاع عندنا داخل في الارسال بعد عدالة
الرواة وبقية قدمنا الكلام فيه اول هذا الشرح وعلى كل حال هو شاهد للحديث الاول فيحتج به ولا معنى
لفصل المصنف بين هذا الحديث والحديث الاول بالفروع التي ذكرها وما معاني غرض واحد للاحتجاج على ابي
يوسف ومن معه بل كان الوجه صحيحا ثم نقول بما لما ذكرنا واعلم ان الامر سهل مما ادعى ان يقال حيث رجمهما كان
كان الرجم ثبتت مشروعيته في الاسلام وهو الظاهر من قوله عليه السلام ما تجدون في التوريه في شان الرجم
ثم الظاهر كون اشتراط الاسلام لم يكن ثابتا والا لم يرجمهما لانتساخ شريعتهم وانما يحكم بما انزل الله اليهود انما سالهم
عن الرجم في التوريه ليبكتهم بتركهم ما انزل عليهم لحكم برجمهما شرعه الموافق لشرعهم واذا لوحظ كون الرجم كان
ثابتا في شرعنا حال رجمهم بلا اشتراط الاسلام وقد ثبت الحديث المذكور المغير لاشتراط الاسلام
وليس تاريخ يعرف به تقدم اشتراط الاسلام على عدم اشتراطه او تاخره فيكون رجمه اليهوديين موافقا
المذكور متعارضين فيطلب الترجيح والقوم بقدم على الفعل وفيه وجه اخر وهو ان تقديم هذا القول يوجب
درء الحد وتقديم ذلك الفعل يوجب الاحتياط في ايجاب الحد والاولى في الحدود ترجيح الدافع عند التعارض
ولا يخفى ان كل من رجح منهم محكوم بتاخره اجتهادا وقد طاح بهذا دفع بعض المعترضين والمعتبر في
الدخول المحقق لاحصان ايلاج في الفعل على وجه يوجب الغسل وهو بتغييب الحشفة فقط انزل او لم ينزل

وقوله هي لو دخل بالمنكوحة الكافرة الى اخره تقدم بيانه قوله ولا جمع في المحصن بين الجلد والرجم وهو
قول مالك والشافعي ورواية عن احمد ويجمع في رواية اخرى عنه واليه الظاهر الى انه يجمع للمجهول انه عليه
الصلاة والسلام لم يجمع وهذا على وجه القطع في ماعز والغامدية وصاحبة العسيف تظافرت الطرق عنه
عليه الصلاة والسلام انه بعد سواله عن الاحصان وتلقينه الرجوع لم يزد على الامر بالرجم فقال اذهبوا به
فارجموه وقال اغد يا انيس الى امراة هذا فان اعترفت فارجمها ولم يقبل فاجلدها ثم ارجمها وقال في باقي الحديث
فاعترفت فامر بها رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجمت وكذا في الغامدية والجهنية ان كانت غيرها لم يزد على
الامر برجمها ونكر ولم يزد احد على ذلك فقطعنا بانه لم يكن غير الرجم فنقوله عليه السلام خذوا عني قد جعل
الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة والثيب بالثيب جلد مائة والتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة يجب قطعا
كونه منسوخا فقال ولان الجلد يعرب عن المقصود وهو الانزجار او قصد الانزجار وهو ان الفعل اذا كان
حقا كان الجلد خلوا عن الغاية الدنيويه التي لها شرع الحد والصحيح قد تحقق في حق الزنا فانه كان
او لا الاذى باللسان على ما امر به تعالى من قوله واللذان ياتيانها منكم فاذوهما ثم نسخ بالحبس فيه حتى
بقوله تعالى والاتي ياتين الفاحشة من نسائكم الى قوله فامسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت او يجعل
الله لهن سبيلا فانه كان قبل سورة النور بقوله عليه السلام خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا والا فلا
خذوا عني الله ولا يخفى ان ذلك غير لازم والصواب ما ذكرنا من القطع بانه لم يجمع بين الجلد والرجم فلم ينسخه
وان لم يعلم خصوص الناسخ واما جلد علي رضي الله عنه شراحة ثم رجمها فاما لانه لم يثبت عنده احصانها الا بعد
جلدها قبل بينة او هو راي له يقينا وما ذكرنا من القطع عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قوله
ولا جمع في البكر بين الجلد والنفي والشافعي يجمع بينهما وكذا احمد والثوري والاوزاعي والحسن ابن صالح وله
في العبد اقوال يغرب سنة نصف سنة لا يغرب اصلا واما تغريب المراة فمحرم واجرته عليها في قول
وفي بيت المال في قول ولو امتنع في قول مجبره الامام وفي قول لا ولو كانت الطريق امنة ففي تغريبها بلا محرم
قولان لقوله عليه السلام خذوا عني الحديث قوله لقوله عليه السلام البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام
اخرجه مسلم وابو داود والترمذي من رواية عبادة بن الصامت عنه عليه السلام خذوا عني الحديث وكان
فيه حسم مادة الذوة الزنا لقلة الحارف لانه هو الداعية الى ذلك ولذا فضل الامراة من العرب ما حملك على
الزنا مع فضل عقلك قالت طول السواد وقرب الوساد والسواد المسارة من ساوده اذا ساره ولما قوله
مع الزانية والزاني فاجلد واشار فيه ببيان حكم الزنا ما هو فكان المذكور نا مرحكمه والاكان تجهيلا اذ بعض
انه تمام الحكم وليس تمامه في الواقع فكان مع الشروع في البيان اعدم ترك البيان لانه يوقع في الجهل
المركب وذلك في البسيط ولانه هو المفهوم لانه جعل جزا الشرط فيفيد ان الواقع هذا فقط فلو ثبت معه
شي اخر كان مثبته معارضا لا مثبتا لما سكت عنه الكتاب وهو الزيادة الممنوعة لما يغيره بعضهم من ان
الزيادة خبر الواحد اثبات ما لم يوجبه القران وذلك لا يمتنع والابطل اكثر السنن وانها ليست بنسخ
وتسميته نسخا مجرد اصطلاح ولذا نريد في عدة المتوفى عنها زوجها الاحداد على المامور به في القران وهو التربص
فهذا لغير عدم معرفة الاصطلاح وذلك انه ليس المراد من الزيادة اثباته ما لم يثبته القران ولم يقله
لا يقول بهذا عاقل فضلا عن عالم بل تغيير مطلقه على ما عرف من ان الاطلاق مما يراد وقد دل عليه بالفظ
المطلق وبالفظ يفيد المعنى فافاد ان الاطلاق مراد وبالتقييد ينتفي حكمه عن بعض ما اثبته فيه اللفظ
المطلق فمن لا شك ان هذا نسخ وخبر الواحد لا يجوز نسخ الكتاب وظن المعترض ان الاحداد زيادة غلط
لانه ليس تقييدا للتربص والا لو تربصت ولم تحد فيه تربصها حتى انقضت العدة لم تخرج عن العدة
وليس كذلك بل تكون عاصية بترك واجب في العدة فما اثبت الحديث واجبا الا انه قيد مطلق الكتاب
نعم ورد عليه ان هذا الخبر مشهور تلقته الامة بالقبول فيجوز الزيادة به اتفاقا والمصنف رحمه الله
عدل عن هذه الطريقة فلا يلزمه ذلك الى ادعا نسخ هذا الخبر مستدلا له بنسخ شطره الثاني وهو الدال

على الجمع بين الجلد والرجم فكذا اسقطه الآخر ذات تعلم ان هذا البيس بلازم بل يجوز ان تروي جميل بعض النسخ وبعضها
او نوسلك الطريق الاول وادعي انه احاد امشهور وتلقي الامة بالقبول وان كان اجماعهم على العمل به ممنوع
لظهور الخلاف وان كان اجماعهم على صحته بمعنى صحة سنده فكثير من اخبار الاحاد كذلك فلم يخرج بذلك عن كونها
احادا وقد يطرئ من ظنه يصير قطعيا فادعى فيما رواه البخاري ذلك وغلط عمل ما يعرف بخبر موضوعه واذا كان
احادا وقد تطرق اليه احتمال النسخ بقرينة نسخ شطره فلا شك انه ينزل عن الاحاد التي لم يتطرق ذلك اليها
فاحري ان لا ينسخ به ما افاده الكتاب من ان جميع الموجب الجلد فانه يعارضه فيه لا ان الكتاب ساكت عن نفي
التغريب فكيف وليس فيه ما يدل على ان الواجب من التغريب بطريق الحد فان اقتضى ما فيه الا له قوله البكر بالبكر
جلد مائة وتغريب عام وهو عطف واجب على واجب وهو لا يقتضيه بل ما في البخاري من قول ابي هريرة ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم قضى فيمن زنى ولم يحصن بنفي عام وانما مه الحد ظاهر في ان النفي ليس من الحد لعطفه عليه
وكونه استعمل الحد في جزء مسماه وعطفه على الجزء الآخر بعيد ولا دليل يوجبه وما ذكر من الالفاظ لا تفيده
لجواز كونه تقريرا لمصلحة واما ما لك رحمه الله فرأى ان الحديث ما دل الا على الرجل يقوله البكر بالبكر فلم تدخل
المراة واشك انه كثير من المواضع التي تثبت الاحكام في النساء بنصوص المذكور ايا ما للرجال بتنقيح المناط وايضا
فان نفس الحديث يجب ان يشملهن فانه قال خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر الحديث فنص على ان
النفي والجلد سبيل لهن والبكر يقال على الانثى الا يرى الى قوله البكر تستاذن ثم عارض ما ذكر الشافعي من
المعنى بان في النفي فتح باب الفتنة لانقيادها عن العشيرة وعمن تستحي منهم ان كان لها شهوة قوية فتفعله
وقد تفعله لحامل اخر وهو حاجتها الى ما يقوم بامورها واشك ان هذا المعنى في اقضيته الى الفساد ارجح
مما ذكره من اقضاء قلة المعارف الى عدم الفساد خصوصا في مثل هذا الزمان لمن يشاهد احوال النساء والرجال
فيترجح عليه ويؤيده ما روى عبد الرزاق ومحمد بن الحسن في كتاب الآثار ابا ابو حنيفة عن حماد ابن ابي سليمان
عن ابراهيم النخعي قال اتي بامرأة مسعود في البكر يزني بالبكر تجلد ان مائة وينفيان سنة قال وقال
علي ابن ابي طالب رضي الله عنه حسبهما من الفتنة ان ينفيا وروى محمد ابن الحسن اما ابو حنيفة عن حماد ابي سليمان
عن ابراهيم النخعي قال اتي بامرأة مسعود في البكر يزني بالبكر تجلد ان مائة وينفيان سنة قال وقال
علي ابن ابي طالب رضي الله عنه حسبهما من الفتنة ان ينفيا وروى عبد الرزاق اما معمر عن الزهري عن ابن المسيب قال ضرب عمر
رضي الله عنه ربيعة ابن امية بن خلف في الشراب الى خيبر فلحق بهرقل فتنصر فقال عمر لا اغرب بعده مسلما
ثم لو غلب عليه ظن الامام مصلحة في التغريب تعذر بما له ان يفعله وهو محمل التغريب الواقع للنبي صلى الله
عليه وسلم وللصحابة من ابي بكر وعثمان ففي الترمذي ثنا كريب ويحيى ابن اكثم قالا ثنا عبد الله ابن ادريس
عن عبد الله عن نافع عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم غرب وغرب ان عمر غرب وغرب الا انه قال
حديث غريب هكذا رواه غير واحد عن عبد الله ابن ادريس عن عبيد الله نحوه ورواه بعضهم عن ابن
ادريس عن نافع عن ابن عمر ان ابا بكر ضرب وغرب الحديث وهكذا روي من غير رواية ابن ادريس عن عبيد الله
ابن عمر من رواية محمد ابن اسحق عن نافع عن ابن عمر ان ابا بكر لم يقل لوفيه عن النبي صلى الله عليه وسلم انتهى
وقال الدارقطني بعد ان ذكر رواية ابن نمير وابن سعيد الانتج عن ابن بونس عن عبيد الله عن نافع عن ابن
عمر ان ابا بكر ضرب وغرب الحديث لم يقل فيه ان النبي صلى الله عليه وسلم هي الصواب لكن رواه النسائي ثنا
محمد بن العلا ثنا عبد الله بن ادريس به مرفوعا ورواه الحاكم في المستدرك وقال صحيح على شرط الشيخين ولم
يخرجاه وذكره ابن القطان من جهة النسائي وقال رجاله ليس فيهم من يسال عنه لثقته وشهرته وقال ايضا
عندي ان الحديث صحيح ويمتنع ان يكون عند ابن ادريس فيه عن عبيد الله جميع ما ذكر والحاصل ان في ثبوته
عنه صلى الله عليه وسلم اختلافا بين الحفاظ واما عن ابي بكر وعمر فلا اختلاف فيه وقد اخرج ذلك عنهما ايضا في الموطا
واما رواية عن عثمان ففي مصنف ابن ابي شيبة ثنا جرير عن مغيرة عن ابن يسار قال جلد عثمان امراة في زنا
ثم ارسل بها الى مولى له يقال له المهري الى خيبر نعاما اليه فهذا التغريب المروي عن ذكرنا التغريب غير
رضي الله عنه حين عزر به الحجاج وغيره سببا انه بلغه ان فتن به بعض النساء حتى سمع قول قائلة هل من سبيل الى

فاشربها او هل سبيل الى نصر ابن حجاج الى فتى ماجد الاعراق مقبل سهل المحيا كريم غير مجاج وذلك
لا يوجب ففيما وجه هذا كثير من شايخ السلوك المحققين رضي الله عنهم ورضي عنا بهم وحشرنا معهم يغربون
المريد اذا بدا منه قوة نفس وجاج لتنكسر نفسه وتلين ومثل هذا المريد او قريب منه هو الذي
ينبغي ان يقع عليه راي القاضي فيه التغريب لان مثله في تدمر وشدة وانا زلة لغلبة النفس اما من لم
يستحكم له حال يشهد عليه بغلبة النفس فضيه لا شك انه يوسع لحرق الفساد ويسهلها عليه قوله
واذا رئي المريض وجده الرجم بان كان محصنا حد لان المستحق قتله ورجمه في هذه الحالة اقرب اليه وان كان
وجده الجلد لا يجلد حتى يبرا لان جلده في هذه الحالة قد يودي الى هلاكه وهو غير مستحق عليه ولو كان المريض
لا يرجى زواله كالسل او كان خراجا ضعيف الخلقة فعندنا وعند الشافعي يضرب بعثكال فيه مائة شمراخ
فيضرب به دفعة وقد سمعت في كتاب الايمان انه لابد من وصول كل شمراخ الى بدنه وكذا قيل لابد ان يكون
مبسوطه والحق التفاته لما تقدم الحد في البرد الشديد والحر الشديد بل يؤخر الى اعتدال الزمان وهذا في
البرد عند من يرى تاخير الحد وظاهر لانه قد يمرض اما الحر فلا لانه لو كان ضرب الحد مبرحا مع ذلك لكنه
شديد غير مبرح ولا جارح فلا يقتضي الحال تاخير حده للبرد والحر بخلاف القطع عليه ما ذكره المصنف فانه
جرح عظيم تخاف منه السراية سيما شدة الفصلين قوله واذا زنت الحامل لم تحد حتى تضع حملها ولو وجد لها
كفيل يودي الى هلاك الولد لانه نفس محترمة لا تستوفى منه فلو ولدت او كانت نفساء تحتى تنقضي
من نفاسها فيجلد ولو طالت في التاخير ويعتبر لم اضع بعدا وشهد على امراة بالزنى فقالت انا حبلى
نرى الفساد لا يقبل قولها فان قلن هي حامل امهلها حولين فان لم تلد رجمها ثم الحبل تحبس ان ثبت زناها
بالبينة الى ان تلد وان ثبت بالاقرار لا تحبس لعدم الفايدة لان لها الرجوع متى شاءت وعن ابي حنيفة اذا
ولدت لا تحد حتى تفطم الولد واذا لم يكن له من يربيه وتقدم في حديث الغامدية انه ردها حتى تستغني
فرجعت ثم جاءت ويده كسره وقالت ها قد فطمته في حديث اخر قال اذهبي حتى تضعي ما في بطنك
قال فكفلها رجل من الانصار حتى وضعت ثم اتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال قد وضعت الغامدية فقال
اذن لا نرجمها وندع ولدها صغيرا ليس له من يرضعه فقام رجل من الانصار فقال الي رضاعه قال فرجمها وهذا
يقتضي انه رجمها حين وضعت خلاف الاول والطريقان في مسلم وهذا اصح طريقا لان في الاول بشير ابن المهاجر
وفيه مقال وقيل يحتمل ان يكون امر اثبت ووقع في الحديث الاول نسبته الى الآمر وفي حديث عمران بن
الحصين جاءت امراة من جهينة وفيه ورجمها بعد ان وضعت **باب الوطي الذي يوجب الحد**
لما كان الكتاب انما هو معقود لبيان الحدود كان الحد هو المقصود الاصلي فلزم الابتداء بتعريفه لغة
وشرعا ففعل المصنف ذلك ثم اراد تقديم حد الزنى فقدمه واعطى احكامه لانها هي المقصود وذلك
بثبوت سببه وبعامل احكامه كيفية ثبوته وشروطها فكان تصور حقيقة السبب الذي هو الزنى
بالنسبة الى مقصود الكتاب ثانيا وان كان بالنسبة الى التحقق في الوجود اولا فاخر المصنف تعريفه
الى ان فرغ من المقاصد الاصلية وذكر ان الزنى في عرف اللغة والشرع يعني لم يرد عليه في الشرع
قيد وعرفه على هذا التقدير بانه وطي الرجل المراة في القبل في غير الملك وشبهة الملك وهذا لان شيئا في
اللغة معنى الملك امر ثابت قبل مجيء هذا الشرع وان كان هو في نفسه امرا شرعيا لكن ثبوته بالشرع
الاول بالضرورة والناس لم يتركوا شيئا في وقت من الاوقات فيكون معنى الملك امرا مشروعا ومما من بعث
ادم او قبل بعثه نبوي يخصه الى يخص الملك فكان ثبوته شرعا مع اللغة مطلقا في الوجود الدنيوي
سواء كانت اللغة عربية او غيرها مخصومة بالدنيا وان كان الوضع قبلها فثبوت المسمى في الدنيا
والوضع لمعنى معتول قبل تحققه ولا شك في انه تعريف للزنى في اللغة والشرع فان الشرع لم يخص
اسم الزنا بما يوجب الحد منه بما هو اعم والموجب للحد منه بعض انواعه ولذا قال عليه السلام العينان
تزنيان وزناهما النظر ولو وطي رجل جارية ابنه لا يحد للزنى ولا يحد قاذفها بالزنى فذلك على ان فعله

زنى وان كان لا يحد به فلو لا قول الصنف الموجب للحد هو الزنى وهو في عرف الشرع الخ لصح تعريفه ولم يرد عليه شيء لكنه لما قال ذلك كان ظاهرا في قصده الى تعريف الزنا الموجب للحد وح يرد على طرده وطي الصبية التي لا تشتهى ووطي المجنون والمكره بخلاف الصبي فان الجنس وطي الرجل فالاول في تعريفه انه وطي مكلف طايع مشتهاه خلا كالا وما مضيا في القبل بلا شبهة ملك في دار الاسلام فخرج زنا الصبي والمجنون والمكره بالصبية التي لا تشتهى والميتة والبهيمة ودخل وطي العجوز ولكن يرد على عكسه زنى المراة فانه زنا ولا يصدق عليه جنس التعريف وما اجيب به من ان زناها يدخل بطريق التبعية بسبب التمكين طوعا ان كان معناه ان لها زنا حقيقة وان ذلك التمكين هو مسمى زناها لغة وتسمى زانية حقيقة لغوية بالتمكين فلا شك في انه لا يشمل الجنس الذي هو وطي المكلف لانه ليس غير تمكين المراة فساد الحد بحاله وكون فعلها تبعا لفعله انما هو في الوجود الخارجي واللام في تناول اللفظ وان اريد انها تسمى زانية حقيقة اصلا وان سميت في قوله نفي الزانية والزاني بطريق المجاز فلا حاجة الى اتباع بل لا يجوز اد فاله في التقريب وعلى هذا كلام السرخسي في المصنف وغيرهما في مسيلة ما اذا مكنت البالغة العاقلة السلمة مجنونا او صبيا على قول الخ حقيقة لا بعيد واحد منهما على ما بيناه في ما ذكرنا يظهر فساد ما اجاب بعضهم بان فعل الوطي امر مشترك بينهما فاذا وجد فعل الوطي بينهما يتصف كل منهما به وتسمى واطيه ولذا سماها سبحانه زانية واعجب من هذا الجواب قال في الايراد المذكور على التعريف مع القطع بان وطيه ليس بصدق على تمكينها بهو هو فاذا جعل الجنس وطا الرجل كيف ينتظم اللفظ تمكين المراة وكون الفعل الجزئي الخارجي اذا وجد من الرجل في الخارج يستدعي فعلا اخر منها اذا كانت طايعة كما تقضي ان اللفظ الخاص بفعله يشمله والدال الموفق فالحق انها ان كانت زانية حقيقة واريد شمول التعريف لزناها فلا بد من زيادة قوله او تمكينها بل يجب ان يقال ذلك بالنسبة الى كل منهما فيقال ادخال المكلف الطايع قدر حشفته قبل مشتهاة حلالا او ماضيا بلا ادراك وشبهة او تمكينه من ذلك او تمكينها ليصدق على ما لو كان مستلقيا فقعدت على ذكره فتركها حتى ادخلته فانها يجد ان في هذه الصورة وليس الموجود منه سوى التمكين وقوله لانه فعل الخ تعليل الاخير عدم الملك وشبهته في الزنا انما شرط ذلك لان الزنا محظور ولا بد في تحققه من ذلك وقوله يوجبه الحديث اي يوجد الامرين معا وذلك انه لما افاد عدم الحرمة المطلقة سبب درء الحد بالشبهة افاد عدمها ودرء الحد عند حقيقة الملك كما في الجارية المشتركة بطريق اولى وهو بين لانه ثم الحديث المذكور لم يحفظ مرفوعا وذكر انه في الخلافيات للبيهقي عن علي رضي الله عنه وهو في مسند ابي حنيفة رضي الله عنه عن مقسم عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ادرءوا الحدود بالشبهات واسند ابن ابي شيبة عن ابراهيم النخعي قال قال عمر ابن الخطاب رضي الله عنه لان اعطل الحدود بالشبهات احب الي من ان اقيمها بالشبهات واخرج عن معاذ وعبد الله ابن مسعود وعقبة ابن عامر رضي الله عنهم قالوا اذا اشتبه عليك الحد فادرأه ونقل ابن حزم عن اصحابهم الظاهرية ان الحد بعد ثبوته لا يجوز ان يدرء بشبهة وشنع بان الاثار المذكورة لا تفيد ما بالشبهات ليس فيها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم شيء بل ما من بعض الصحابة من طرق لا يصح فيها واعمل ما عن ابن مسعود مما رواه عبد الرزاق عنه بالارسال وهو غير رواية ابن ابي شيبة فانها معلولة بابي اسحق ابن ابي فروة واما التمسك بما في البخاري من قوله عليه الصلاة والسلام ومن اجترء على ما يشك فيه من الاثم او شك ان يواقع ما استبان والمعاصي حمى الله تعالى من يرتع حول الحمى يوشك ان يقع فيه فانما معناه ان من جهل حرمة شيء وحله فالورع ان يمسك عنه ومن جهل وجوب امر وعدمه فلا يوجبه ومن جهل اوجبا حدا مع الاوجبان يقيم ونحن نقول ان الارسال لا يقدح وان الموقوف يؤيد هذا له حكم المدفوع لان اسقاط الواجب حد ثبوته بشبهة خلاف مقتضى العقل بل مقتضاه ان بعد تحقق الثبوت لا يرتفع شبهة فحيث ذكر صحابي حمل على الرفع وايضا في اجماع فقهاء الامصار على ان الحد يدرء بالشبهات كفاية ولذا قال بعض الفقهاء هذا الحديث متفق عليه وايضا تلقته الامة بالقبول وفي تتبع المروي عن النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة ما يقطع في المسيلة فقد علمنا انه عليه الصلاة والسلام قال لماعز لعلك قبلت لعلك لمست لعلك غمزت كذلك

يلقنه

يلقنه ان يقول نعم بعد اقراره بالزنى وليس كذلك فايدة الا كونه اذا قالها تركه والا فلا فايدة ولم يقل لماعز عنده بدين لعله كان وديعة عندك فضاعت ونحوه وكذا قال للسارق الذي جيء به اليه اسرقت ما اخاله سرق وللغامديه نحو ذلك وكذا قال علي رضي الله عنه لشراحه على ما اسلفناه لعله وقع عليك وانت نايمة لعله استكرهك لعل سواك زوجك منه وانت تكتميه وتتبع مثله عن كل واحد يوجب طولا فالحاصل من هذا كله كون الحد يحتال في درئه بالشك ومعلوم ان هذه الاستفسارات المغيرة لقصد الاحتيال للدرء كما كانت بعد الثبوت لانه كان بعد صدق الاقرار وبه الثبوت وهذا هو الحاصل من هذه الاثار ومن قوله ادرءوا الحدود بالشبهات فكان هذا المعنى مقطوعا شبهته من جهة الشرع فكان الشك فيه شكا في ضروري فلا يلتفت الى قايله وما يعود عليه وانما يتبع الاخلاف حاجا في بعض المعنى شبهة صالحة للدرء اولا بين الفقهاء اذا عرف هذا فنقول الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت والفقهاء في تقسيمها وتفسيرها اصطلاحا فالشافعية ثلاثة اشياء في المحل والفاعل والجهة اما الشبهة في المحل فوطي زوجته الحايض والصايمة والمحرمية وامته قبل الاستبراء وجارية ولده لا عند ابي حنيفة ولو وطي امته المحرمة عليه برضاع او نسب او مصاهرة كاخته او بنته منها او امه من الرضاع او مولوة ابيه او ابنه وجب الحد على الاظهر واما الشبهة في الفاعل مثل ان يجد امراة على فراشه فيطاها وقال ظننتها امراته فلا حد واذا ادعى انه ظن ذلك صدق بيمينه واما الشبهة في الجهة قال الاصحاب كل جهة مختلف بعض العلماء واباح الوطي بها احد فيها وان كان الوطي يعتقد التحريم كالوطي في النكاح بلا ولي وبلا شهود واصحابنا تسمو الشبهة قسمين شبهة في الفعل وتسمى شبهة الاشتباه وشبهة متشابهة اي شبهة في من لم يشتبه عليه ودون من لم يشتبه عليه وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية وشبهة ملك اي الثابت شبهة حكم الشرع على المحل قوله فالاولى تحقق في حق من اشتبه عليه ايس اشتبه عليه المحل والحرمة ولا دليل في السمع يفيد الحل بل ظن غير الدليل دليلا فيظن ان جارية زوجته تحل له لظنه انه استحلها وانه استحل اسها طال له فلا بد من الظن ولا ظن شبهة اصلا لعرض ان لا دليل اصلا لتثبت الشبهة في نفس الامر فلو لم يكن ظنه الحل ثابتا لم تكن شبهة اصلا والثانية وهي الشبهة الحكمية تتحقق بقيام الدليل الناني للحرمة في ذاته لقوله عليه السلام انت ومالك لابيك سواء ظن الحل او علم الحرمة لان الشبهة بثبوت الدليل قايمة في نفس الامر علم احدا ولم يعلم قوله والحد يسقط بكل منهما لاطلاق الحديث يعني قوله ادرءوا الحدود بالشبهات قوله والنسب يثبت في الثاني اي في محل شبهة اذا ادعى الولد ولا يثبت في الاولى اذا ادعاه لان الفعل تمحض زنا لعرض ان لا شبهة ملك الا ان الحد سقط لظنه فضلا من الله وهو امر راجع اليه لا الى الواطي لا الى المحل فكان المحل الذي فيه شبهة حد فلا يثبت سبب هذا الوطي ولذا لا يثبت به عدة لانه لا عدة من الزنا قيل هذا غير مجرى على عمومه فان المطلقة الثلاث يثبت النسب منها لانه وطي فيه شبهة العقد فيكفي ذلك لاثبات النسب وفي الايضاح المطلقة بعوض والمختلعة ينبغي ان تكون كالمطلقة ثلاثا قال شارح بل هو على ظاهره وثبوت نسب المبتوته عن ثلاث او خلع ليس باعتبار في وطي في العدة بل باعتبار علوق سابق على الطلاق ولذا اذا ردا ان نسب ولدها ثبت الى اقل من ستتين ولا ثبت لتمام ستتين يعني انه اذا كان لاقل من ستتين امكن اعتبار العلوق قبل الطلاق بخلاف ما اذا كان لتمام بهما وانت علمت في اثبوت النسب انها اذا جات به لتمام ستتين انها لا يثبت نسبه اذا اريد عدا اما اذا ادعاه فانه قد نفى على انه يثبت ويحمل على وطي في العدة بشبهة والكلام مما مطلق في عدم ثبوت النسب معللا بانه زنا محض فلا بد من الجمع بحمل احد النفيين على ما هو الاولى في النظر وذلك لما ذكرنا من شبهة العقد بخلاف ما في محال شبهة الاشتباه كجارية ابيه وامه ونحوها فانه لا شبهة عقد فيها فلا يثبت النسب بالدعوة في فشبهة الفعل في ثانيه مواضع ان يطا جارية ابيه او امه وكذا جدته وجدته وان علوا او زوجته او المطلقة ثلاثا في العدة او بائنا على مال وكذا المختلعة بخلاف البينونة بلا مال منهي من الحكمية او ام ولده التي استعارها او هي في عدته والعبد يطا جارية مولاه والمرتهن بطا المرهونة في رواية كتاب الحدود هو الاصح والمستعير الرهن في هذا بمنزلة المرتهن في هذه المواضع احدا اذا قال ظننت انها تحل لي ولو قال علمت انها حرام على وجب الحد ولو ادعى

امدها الظن والاحرام يدع احد عليها حتى يتيقنا بعلمها الحرمة كان الشبهة اذا ثبتت في العقل من احد الجانبين
تعدت الى الاخر ضرورة والشبهة في المحل في ستة مواضع جارية ابنه والمطلقة طلاقا بائنا بالكنايات والخيار
المبيعة اذا وطئها البائع قبل تسليمها الى المشتري والمجعولة مهرا اذا وطئها الزوج قبل تسليمها الى الزوجة كان الملك فيها
لم يستقر للزوج والمشتري والمالك كان مسلطا على وطئها بملك ليدع الملك وملك اليد ثابت والملك لزايد مزلزل
والمشتركة بين الواطئ وغيره والمرهونة اذا وطئها المرتهن بغير رواية كتاب الرهن وعلت انها ليست بالمختارة
ففي هذه المواضع لا يجب الحد وان قال علمت انها على حرام لان المانع هو الشبهة وهي هنا قائمة في نفس الحكم ان الحرمة القائمة
بهذا شبهة انها ليست ثابتة نظرا الى دليل المحل على ما تقدم من قوله صلى الله عليه وسلم انت ومالك لابيك ونحوه
والاعتبار بمعرفته بالحرمة وعدمها وفي الايضاح في المرهونة اذا قال ظننت انها تحل لي ذكر في كتاب الرهن انه لا
يحد وفي كتاب الحد وجب فلا يعتبر ظنه لانه استيفاء من غير ما له فلم يكن الوطئ حاصلا في محل الاستيفاء فلا
شبهة فعل وصار كالغريم اذا وطئ جارية الميت ووجه عامة الروايات انه اعتقد ان سبب الملك في الحال موجود
مستوفيا ومالكا بالحال من وقت الرهن فصار كجارية اشتراها والخيار للبائع ووجه رواية كتاب الحدود ان عقد
الرهن لا يفيد ملك المتعة بحال وفي كالمستأجرة للخدمة ومقتضاه ان يجب الحد وان اشتبه الا ان ملك العين
في الجملة سبب لملك المتعة وان لم يكن في الرهن سببا كملك الاجارة فان الثابت بها ملك المنفعة ولا يمكن كونه
سببا لملك المتعة وكملك البيع بالخيار فانه يفيد الملك حال قيام الجارية كملك المرهونة لا يفيد الملك مع هلاكها
فلا يتصور كون ملكها سببا للاستمتاع بها فكان كملك المتعة هذا وقد دخل في سبب الملك صور مثل وطئ جارية
عبده المأذون المديون ومكاتبه ووطئ البائع المبيعة بعد القبض في البيع الفاسد والتي رد بالخيار للمشتري
وينبغي ان يراد جارية التي هي اخته من الرضاع وجارية قبل الاستبراء والاستفراغ عند ذلك انها كالزوجة
التي حرمت بردتها او مطاوعة لابنه او جماعة امامها وهو يعلم انها عليه حرام فلا حد عليه ولا على فاعله
لان بعض الائمة لم يحرمه فاستحسن ان يدرء بذلك الحد فالاقتصار على الستة لا فائدة فيه **قوله** ثم الشبهة
عند ابي حنيفة تثبت بالعقد وان كان العقد متفقا على تحريمه وهو عالم به وعند الباقين لا تثبت هذه الشبهة اذا علم
بتحريمه ويظهر ذلك في نكاح المحارم وتصارت الشبهة على قول ابي حنيفة لمنة شبهة الفعل والمحل وشبهة العقد
وكذا قسمها في المحيط وذكر في شبهة العقد ان يطأ التي تزوجها بغير شهود او بغير اذن مولاها وهي امة او وطئ العبد
من تزوج بغير اذن مولاها قال ولو تزوج امة على حرة او مجوسية او خمسا في عقد او جمع بين اختين بوطئ وقال
علمت انها حرام لا حد عليه عند ابي حنيفة وعندهما يجب الحد **قوله** وقد نطق الكتاب بانتفاء الحد قال فان
طلقها يعني ثلاثا فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره قال وعلى ذلك الاجماع فلا يعتبر قول المخالف فيه اي في الحل
وهم الاماميه والزيديه القائلون بان الطلاق الثلاث بكلمة لا يقع الا واحدة فيكون حلالا لزوجها لانه خلاف
بعد تقرر الاجماع فلا يعتبر لا اختلاف كما بين الامة حال تردد الواقعة بينهم قبل تقرر الاجماع ليعتبر وهذا لما قدمنا
في اول كتاب الطلاق من ان اجماع الصحابة تقرر في زمن عمر على ذلك وان الاحاديث الواردة في انها تكون واحدة
يجب كونها كانت مقيدة الى ما بعلم فيما اسلفناه وصح عن علي رضي الله عنه وقوع الثلاث طلاق ما نقلوا عنه ثم لا يخفى
ان ترتيب المصنف بالفاء قوله فلا يعتبر انما هو على الاجماع لا على المجموع منه ومن قوله ونطق الكتاب بانتفاء الحل
لان محل انتفاء الحل في الكتاب ما اذا اوقع الثالثة بعد تقدم تنتين ولا خلاف لاحد فيما انما خلافهم في البتة بمرة
واحدة وليس هو متناول النص **قوله** ولو قال ظننت انها تحل لي فلا حد لان الظن في موضعه لان اثر الملك
قايم بتمام العدة حتى يثبت النسب اذا ولدت له حبسها عن الخروج وعليه نفقتها وكذا يحرم عندنا نكاح نفسها
واربع سواها ويمنع شهادة كل منهما لصاحبه فامكن ان يتبين حل الوطئ في هذه الاحكام فيجعل الاشتباه عليه
عذرا في سقوط الحد عنه كالذي مالوطئ امراة اجنبية وقال ظننت انها تحل لي او جارية اجنبية على ما بايتي
لانه في غير موضعه **قوله** وام الولد اذا عتق مولاها وهي في العدة والمختلعة والمطلقة على مال كالمطلقة

ثلثا لثبوت الحرمة بالاجماع يريد حرمة ان يطأها في العدة بخلاف الرجعية فانه لا اجماع في حرمته وبخلاف
ما اذا طلقها بالكناية كان قال انت خلية او امرك بيدك فاختارت نفسها ونحوه شرع وطيا في العدة وقال علمت
انها حرام لا يجد لاختلاف الصحابة في الكناية فمن زينب عمرانها اي الكنايات رجعية وكذا ابن مسعود في مصنف
عبد الرزاق ثنا الثوري عن منصور بن رستم عن علقمة والاسود انا ابن مسعود جاءه رجل فقال كان مني وبين
امراتي كلام فقالت لو كان الذي بيدك من امري بيدي لعلمت كيف اصنع قال فقلت لها قد جعلت امرك بيدك
فقالت انا طالق ثلاثا قال ابن مسعود اراها واحدة وانت احق بالرجعة وسالنا امير المومنين عمر رضي الله عنه
فقال لها ما قلت قال قلت اراها واحدة وهو احق بها قال وانا ارى ذلك وزاد من طريق اخر لو رايت غيره ذلك لم تعب
واخرج ابن ابي شيبة عنها في مصنفه انها قالا في البرية والخلية هي تطليقة واحدة وهو املك برجعتها واخرج محمد
بن الحسن في الاثار انا ابو حنيفة عن حماد ابن ابي سليمان عن ابراهيم النخعي ان عمر بن الخطاب وعبد الله ابن مسعود رضي الله
عنهما كانا يقولان في المراة اذا خيرها زوجها فاختارته فهي امراته وان اختارت نفسها فهي تطليقة وزوجها املك بها
ومن مذهب علي رضي الله عنه في خلية وبريه انها ثلاث على ما اخرجه عنه ابن ابي شيبة الى غير ذلك مما عن غيرهم في انها
واحدة اولك وبهذا يعرف خطا من بحث في المختلعة وقال ينبغي كونها من ذوات الشبهة الحكمية لاختلاف الصحابة
في الخلع وهذا غلط لان اختلافهم فيه انما هو في كونه فسخا او طلاقا وعلى كل حال الحرمة ثابتة فانه لم يقل احد ان المختلعة
على مال تقع فرقتها طلاقا رجعيا وكذا لو نوى ثلاثا بالكناية فوقعن فوطيها في العدة عن الطلاق الثلاث وقال علمت
انها حرام فلا حد للتحقق الاختلاف واذا كان كذلك كان هذا من قبيل الشبهة الحكمية وعرف ان تحقق اجماع الدليل
والثابت هنا قيام الخلاف ولم يعتبره ابو حنيفة حتى لم يخف النجاسة به فوجد ان قول المخالف عن دليل فايبر
البتة وان كان غير معمول به كما ان قوله عليه الصلاة والسلام انت ومالك لابيك غير معمول به في اثبات حقيقة ملك
الاب لمال ابنه نفسه وهذه المسالة تلغز صيغ السؤال بمطلقة ثلثا وطيت في العدة وقال علمت حرمة الاقدام ومع
ما وقع الثلاث عليها بالكناية **قوله** ولا حد على من وطئ جارية ولده او ولد ولده وان كان ولده حيا وان لم تكن
له واحية تملك مال ابن ابنه حال قيام ابنه وتقدمت هذه المسالة في باب نكاح الرقيق ثم في الاستيلاد وهذا لان
الشبهة حكمية لانها عن دليل هو ما رواه ابن ماجة عن جابر بسند صحيح ففي عليه ابن القطان والمنذري عن جابر
ان رجلا قال يا رسول الله ان لي مالا وولدا واني يريد ان تحتاج مالي فقال انت ومالك لابيك واخرج الطبراني
في الاصغر والبيهقي في دلايل النبوة عن جابر ان رجلا جاء الى النبي عليه الصلاة والسلام فقال يا رسول الله ان ابنة يريد
ان ياخذ ما لي فقال عليه الصلاة والسلام ادعه لي فلما جاء قال له عليه السلام ان ابنك يزعم انك تاخذ ماله
فقال السايل هل هو الا عماته او خالاته او ما انفقه عليه يعني وعيالي قال فانهبط جبريل عليه السلام فقال يا رسول الله
ان الشيخ قال في نفسه شعرا لم تسمعه اذناه قال عليه الصلاة والسلام قلت في نفسك شعرا لم تسمعه اذناك
فهاته فقال لا تزال يزيد يا بك بصيرة ويقينا ما انت يقول عدوك مولودا ومنك يافعا تعل بها اجفى
اذا السيل ضاقوا فوقك بالمستلم اثب لسنمك الاسرا المتململ تخاف الردى يغشى عليك وانما لتعلم ان الموت حتم موكل
كاني انا المطروق دونك يا لذي طرقت به دوني فحيناي تهمل فلما بلغت السن والغاية التي اليك مرامانك
جعلت جزاي غلظة وفظاظة كانك انت المنعم المتفضل فليتك اذ لم ترع حق ابوتي فعلت كالجار المجاور يفعل
قال فبكى عليه الصلاة والسلام ثم اخذ بتلبيب ابنه وقال اذهب انت ومالك لابيك وروى حديث جابر الاول
من طرق كثيرة وقول المصنف بعد هذا وثبت النسب يقتضي بطلاقه ان يثبت نسب ولد الجارية من وطئ والد
سيدها وحده وان كان والده الذي هو سيد الامة حيا فانه قال في وضع المسالة الا حد على من وطئ جارية
ولده وولد ولده لكنه اراد من وطئ جارية ولده فقط بدليل قوله وعليه قيمة الجارية وهو فرع ملكها
والحر لا يتملكها حال حياة الاب وما وقع في بعض نسخ الهداية مما نقله عن خزانة الفقه لابي الليث رحمه الله اذا زنى
بجارية ابنه فملكه والاب في الاحياء وقال ظننت انها على حرام لا يجد وثبت النسب بخلاف الحكم بغلطه وانه سقط
عنه لغلطه فالان جميع النسخ على خلاف هذا المكان صرحوا بعدم ثبوته ونقل ابي الليث صرح في شرح الجامع الصغير

عليك وتهمل

كنت امل

انه لا يثبت لانه محجوب بالاب وصرح به في الخانية وفي المبسوط ان من وطئ جارية ولد ولده فجاءت بولد فادعاه فان كان الاب حيا لم يثبت دعوة الجد اذ اكذبه وكذا الولد لان صحة الاستيلاد تبتنى على دعوة ولا دعوة لغير الجارية الى نفسه وليس للجد دعوة ذلك في حياة الاب وللن لذا قربه ولد الولد عتق باقراره لانه زعم انه ثابت النسب من الجد وانه عمه فيعتق عليه بالقرابة وباشي على الجد من قيمة الامة لانه لم يملكها وعليه العقد لان الوطئ ثبت باقراره وسقط الحد للشبهة الحكمية وهي النبوة فيجب العقد وكذلك ان كانت ولدته بعد موت الاب لاقل من ستة اشهر لانا علمنا ان العلوق كان حيوة الاب وانه لم يكن لجد عند ذلك دعوة فلا يبطل دعوة نفسه وان كانت ولدته بعد موته بستة اشهر فهو مصدق في الدعوة صدقه ابن الابن او كذبه كان العلوق حصل بعد موت الاب والجد عند عدم الاب كما مر في الرواية فله ان ينقل الى نفسه بدعوة الاستيلاد **قوله** واذا وطئ جارية ابيه او امه او زوجته وقال ظننت حلها لي فلا حد عليه ولا عبرة فادعته وزوجه لغياب الوطئ الخالي عن الملك وشبهته ولا عبرة بتاويله الفاسد كما لو وطئ جارية اخته او عمه على ظن الحل وكذا العبد اذا وطئ جارية مولاه فقال ظننت حلها لي لا يجد وان قال علمت حرمتها لكن هؤلاء اي بين الانسان وبين ابيه وامه وزوجته والعبد وامته سيده انبساطا في الانتفاع فظن ان منه الاستمتاع بخلاف ما بين الانسان واخيه وعمه على ما ياتي فكان شبهة اشتباه الا انه زنى حقيقة فلا يجد فافهم وقوله وكذا الجارية اي اذا قالت الجارية ظننت ان عبد مولاي او ابنه مولاي او مولاتي حل لي او زوج سيدتي وكذا في الاخريين والحمل لم يدع ذلك لا يجد في ظاهر الرواية لان الفعل والحد درءا وفي الحسن عن ابي حنيفة انه يجد الفعل لان الشبهة انما تمكنت في التبع وهي الامة تابعة فيما الزنا فلا تكون متمكنة في الاصل بخلاف ثبوتها في جانب العبد اذا قال ظننت حلها لان الثبوت في الاصل يستتبع التبع واجيب بان الفعل لما كان واحدا لم يسقطه الا ما كان ما يثبت فيه ما يتعلق بكل من طرفيه واورد عليه ما لو زنى بالغ بصبية مجنونة اجيب بان سقوط الحد من الصبية لا للشبهة في الفعل فانه لم يثبت شبهة فوجب الحد عليه وانما تعذر ايجابه عليها لان ليس اصلا للعقوبة بخلاف ما نحن فيه فان الشبهة لما تحققت في الفعل نفت الحد عن طرفيه واذا سقط الطرف كان عليه العقد لزوجته وغيرها واثبت نسب ولدها لوجابة بجارية الزوجة وغيرها وان حدثته الزوجة انه ولده **قوله** وان وطئ جارية اخيه او عمه ونحوهما من كل قرابة غير الولاد كالاخ والخالة وقال ظننت انها تحل لي حد لانه لا شبهة في الملك وكذا في الفعل لعدم انبساط كل في مال الاخر فدعوى ظنه لكل غير معتبر ومعنى هذا انه علم ان الزنا حرام لكنه ظن ان وطيه هذا ليس زنا محرما فلا يعارض ما في المحيط من قوله شرط وجوب الحد ان يعلم ان الزنا حرام وانما ينفيه مسئلة الحربي اذا دخل دار الاسلام فاسلم فتزنى وقال ظننت انه حلال لا يلتفت اليه ويجد وان كان فعله اول يوم دخل الدار لان الزنا حرام في جميع الاديان والملك لا يختلف في هذه المسئلة ملكين يقال اذا ادعى مسلم اصلي انه لا يعلم حرمة الزنى لا يجد انتفاء شرط الحد ولو اراد ان المعنى ان شرط الحد في نفس الامر علمه بالحرمة في نفس الامر فاذا لم يكن عالما لم يحد عليه كان قليل الجدوى او غير صحيح لان الشرع ما اوجب على العالم ان يحد هذا الرجل الذي يتبسنزاه عنده عرف ثبوت الوجوب في نفس الامر لانه لا معنى للكونه واجبا في نفس الامر الا وجوبه على الامام لانه لا يجب على الزاني ان يجد نفسه وان يقر بالزنى بل الواجب عليه في نفس الامر بينه وبين الله مع التوبة والانابة ثم اذا اتصل بالامام ثبوته وجب الحد على الامام هذا واورد انه لو سرق من بيت اخيه وعمه وخويصته لا يقطع فظهر ان بينهما انبساطا اجيب بان القطع منوط بالاخذ من الحرز ودخوله في بيت هؤلاء لاحشمة واستيذان عادة ينفي معنى الحرز فانتفى القطع اما الحد فمنوط بعدم الحل وشبهته وهو ثابت منا **قوله** ومن زفت اليه غير امراته وقال النسائي هي زوجتك فوطئها لا حد عليه وعليه المهر وهذه اجماعية لا يعلم فيها خلاف ثم الشبهة الثابتة فيها شبهة اشتباه عند طائفة من المشايخ ودفع بانه يثبت النسب من هذا الوطئ والاثبات من الوطئ معنى شبهة الاشتباه بنسب فالاوجه انها شبهة دليل فان قول النسائي زوجتك دليل شرعي صحيح للوطئ فان قول الواحد مقبول في المعاملات ولذا حل وطئ الامة اذا جاءت الى رجل وقال مولاي ارسلني الي بيتك هدية فاذا كان دليلا غير صحيح في الواقع اوجب الشبهة التي تثبت معها النسب وعليه المرفوقة العدة **قوله**

ولا يجد فانه في الاخيرة رواية عن ابي يوسف فان احصنا سقط عنه بهذا الوطئ لانه وطئ اعتقد انه نكاح صحيح معتمدا دليلا ولذا يثبت النسب والمهر باجماع الصحابة فيكون وطيا حلالا ظاهرا واجيب بانه لما تبين خلاف الظاهر بقي الظاهر معتبرا في ايراث الشبهة وبالشبهة يسقط الحد لان سقط احصانه لوقوع الفعل زنا وهذا التوجيه يخالف مقتضى كونها شبهة محل لان في شبهة المحل لا يكون الفعل زنا والحاصل انه لو اعتبر شبهة اشتباه اشتمل عليه ثبوت النسب والا لم يثبت ان في لا يثبت النسب واذا اعتبر شبهة محل اقتضى انه لو قال علمت حراما على اعلمي بكذب النساء لا يجد ويجد فاذفه والحق انه شبهة اشتباه لانعدام الملك من كل وجه وكون الاخبار طريقا للجماع شرعا لا يمس هو الدليل المعتبر في شبهة المحل لان الدليل المعتبر فيه هو ما اقتضاه ثبوت الملك كخوان ومالك داربك والملك القديم المشترك مما يطلق شرعا مجرد الفعل غير انه مستثنى من الحكم المرتب عليه اعني عدم ثبوت النسب للاجماع فيه وبهذه والمعتدة ظهر عدم انضباط ما مهدوه من احكام الشبهتين **قوله** ومن وجد امراة على فراشه فوطئها فعليه الحد خلافا للامية الثلاثة ملك وان في واحد فاسوها على المرفوقة كما مر في ظن المحل ولنا ان المسقط شبه المحل وشبهة هنا لا سوى ان وجدها على فراشه ومجرد وجود امراة على فراشه لا يكون دليل الحل ليستند الظن اليه وهذا لانه قد ينام على الفراش غير الزوجة من جاريتها ازايرات وقرابا تها فلم يستند الظن الى ما يصلح دليل حل فكان كما لو ظن المستاجرة للخدمة والمودعة حلا وطئها فانه يجد قال وكذا اذا كان الحمل لان الوجوب على الفراش كما ذكرنا ليس حاكما لاستناد الظن اليه وتميزه يحصل بالنغمة والحركات المالوفة ايضا فيجد ايضا الا اذا دعاها فاجابته اجنبية وقالت انا زوجتك موافقة لان الاخبار دليل وجارت به النغمة خصوصا ولم تطل الصحبة وقيد بقوله وقالت انا زوجتك انا لو لم تقله بل اقتصرت على الجواب بنعم ونحوه فوطئها لا حد عليه لانه يكفي التمييز بالكثير من ذلك بحيث يكون الحال متوسطا في اطمينان النفس الى انها هي **قوله** ومن تزوج امراة لا يحل له نكاحها بان كانت من ذوي محارمه بنسب كامة وبنته فوطئها لم يجب عليه الحد عند ابي حنيفة وسفيان الثوري وزفر وان قال علمتها علي حراما وللن يجب المهر وتعاقب عقوبة هي اشد مما يكون من التعزير بسياسة لا حد مقدر شرعا اذا كان عالما بذلك واذا لم يكن عالما لا حد ولا عقوبة تعزير وقال ان في ابي يوسف ومحمد ان في ولذا ما لك واحمد يحدانه اذا كان عالما بذلك وكان يجب ان يوسط الضمير المنفصل فيقول قال الامامان وان في لما عرف ان العطف على ضمير الرفع المتصل لا يجوز الا ان يفصل بضمير منفصل او غيره على قول الاخفش ضعيف وعلى هذا الخلاف كل محرمة برضاع او صهرية متفق عليه واما غيره ذلك ففي الكافي لحافظ الدين منكوحة الغير ومعتدته ومطلقته الثلث بعد التزوج كالمحرم قال وان كان النكاح مختلفا فيه كالنكاح بلا ولي وللا شهود فلا حد عليه اتفاقا لتمكن الشبهة عند الكل وكذا اذا تزوج امة على حرة او تزوج مجوسية او اخته بلا اذن سيدها او تزوج العبد بلا اذن سيده فلا حد عليه اتفاقا واما غيره فظاهر وكذا عندهما لان الشبهة انما ينتفي عندهما اذا كانا مجمعا على تحريمه وهي حرام على التابيد وفي بعض الشروح اراد بنكاح من لا يحل له نكاحها نكاح المحارم والمطلقة الثلاث ومنكوحة الغير ومعتدة الغير ونكاح الخامسة واخت المراة في عدتها والمجوسية والامة على الحرة ونكاح العبد او الامة بلا اذن المولى والنكاح بغير شهود ففي كل هذا لا يجب الحد عند ابي حنيفة وان قال علمت انها على حرام وعندهم يجب اذا علم بالتحريم والا فلا ثم قال ولكنها قالا فيما ليس بحرام على التابيد لا يجب الحد كالنكاح بغير شهود فقد تعارضا حيث جعل في الحالين الامة على الحرة والمجوسية والامة بلا اذن السيد وتزوج العبد بلا اذن السيد محل الاتفاق على سقوط الحد وجعلها هذا الشارح من محل الخلاف فعندها يجد واضاف الى ذلك ما سمعت تفرده بخفي ما في عبارته من عدم التحرير ثم قول حافظ الدين في الحالين تعليل بسقوط الحد في تزوج المجوسية وما معها ان الشبهة انما تنتفي عندهما يعني حتى يجب الحد اذا كان مجمعا على تحريمه وهي حرام على التابيد يقتضي ان لا يجد عندهما في تزوج منكوحة الغير وما معها لانها ليست محرمة على التابيد فان حرمتها مقيدة ببقاء نكاحها وعدتها كما ان حرمة المجوسية مغياة

بتجسسها حتى لو اسلمت حلت كما لو تزوجت لو طلقت وانقضت عدتها حلت وانه لا يجد عندنا الا في المحارم فقط وهذا هو الذي يغلب على ظني والذي يعتمد عليه فتامله وتحرر بهم مثل ابن المنذر كذلك ذكره والحكمي ابن المنذر عنهما انه يجد في ذات المحرم ولا يجد في غيرذلك قال مثل ان يتزوج مجوسية او خامسة او متعة وعباد الكاني للحاكم سيد ذلك حيث قال رجل تزوج امراة ممن لا تحل له نكاحا فدخل بها قال لا حد عليه وان فعله على علم لم يجد ايضا ويوجع عقوبته في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ان علم ذلك فعليه الحد في ذوات المحارم الى هنا لفظه فعمم في المراة التي لا تحل له في سقوط الحد على قول ابي حنيفة ثم خص مخالفتها بذوات المحارم من ذلك التعميم فالظاهر في ذلك على ما عرف في الروايات وفي مسئلة المحارم رواية عن جابر رضي الله عنه انه تضرب عنقه ونقل عن احمد واسحق وامثل الظاهر وقضى ابن حزم فتله على ما اذا كانت امراة ابيه قضى الحديث الاتي على مورده وعن احمد تضرب عنقه في رواية ويوخذ ماله لبيت المال وذلك لحديث البراء قال لقيت خالي ومعه راية فقلت له اين تريد قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى رجل نكح امراة ابيه ان اضرب عنقه واخذ ماله وهذا الحديث رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن ورواه ابن ماجة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من وقع على ذات محرم منه فاقتلوه اجيب بان معناه انه عقد مستحلا فارتد بذلك وهذا لا حد ليس ضرب العنق واخذ المال بل ذلك للكفر وفي بعض طرقه عن معاوية بن قرة عن ابيه ان النبي صلى الله عليه وسلم بعث جد معاوية الى رجل عرس بامراة ابيه ان يضرب عنقه ويخمس ماله وهذا يدل على انه استحل ذلك فارتد به ويدل على ذلك انه ذكر في الحديث عرس بها وتعريسه بها لا يستلزم وطيه اياها وغير الوطي لا يجد به فضلا عن القتل فحيث كان القتل كان للردة وهذا لا يجاوز من نظر فان الحكم اذا كان عدم الحد والقتل بغير الوطي كان قتله جايزا كونه لو طيه ولو نه لردته فلا يتعين كونه للردة وبجاب بانه ايضا لا يتعين كونه للوطي فلا دليل فيه على احدهما بعينه وذلك يكفينا وقد اجاز في هذه احد الامرين انطلاقا استحلالا او امر بذلك سياسة وتعزيرا وجه القليل بالحد انه وطي في فرج مجمع على تحريمه من غير ملك ولا شبهة ملك والواطي اصل الحد عالم بالتحريم فيجب الحد كما لو لم يوجد العقد وليس العقد شبهة لانه نفسه جناية هنا توجب العقوبة انضمت الى الزنا فلم تكن شبهة كما لو اكرهها واعتقها ثم زنى بها ومر ان الخلاف في هذا العقد يوجب شبهة ام لا فعندهم لا لما ذكر وعند ابي حنيفة وسفيان وزفر نعم ومدارك كونه يوجب شبهة على انه ورد على ما هو محله او لا فعندهم لا لان محل العقد ما يقبل حكمه وحكمه للحل وهو من المحرمات في سايرالحالات فلان الثابت صورة العقد لا انعقاده لانه لا انعقاد في غير المحل كما لو عقد على ذكر وعنده نعم كان المحلية ليست بقبول المحل بل بقبول المقاصد من العقد وهو ثابت ولا واضح من غيره عليها وبتامل يسير يظهر انهم لم يتواردوا على محل واحد في المحلية ومنهم حيث نفوا محليتها اراد وا بالنسبة الى خصوص من هنا العاقد اي ليست محلا لعقد هذا العاقد ولذا علوه بعدم حلها وكاشك في حلها لغيره بعقد النكاح لا محليتها للعقد من حيث هو العقد وهو حيث اثبت محليتها اراد محليتها لنفس العقد لا بالنظر لما يخص عاقدا ولذا علل بتعلق المقاصد به فان قلت فقد اطلق الكل من الحنفية في العقد والاصول عدم محلية المحارم لنكاح المحرم ففي الاصول اجيب قالوا ان النهي عن المضامين والملاقيح ونكاح المحارم مجاز عن النفي لعدم محله وفي العقد كثير ومنه قولهم على النكاح اني من بنات ادم ليست من المحرمات فاجاب ان المراد نفي المحلية لعقد النكاح الخاص وانت علمت ان ابا حنيفة انما اثبت محليتها للنكاح في الجملة لا بالنظر لما يخص ناكحا وكاشك في ذلك بقي النظر في ان ابا الاعتبار بين في ثبوت المحلية اولا كونه قابلا للمقاصد او كونه حلالا ان نظرنا لما يليه المعنى وهو ان الاصل ان يتبع الحل قيام الحاجة ليدفع به وهو المقصود نرجح قوله اولا السبع اعني محل الاجماع وهو قول الكل ان الميتة ليست محلا للبيع مع انا انما نفيها لعدم الحل نرجحوا وقد رجح قول ابي حنيفة رضي الله عنه بقوله صلى الله عليه وسلم ايما امراة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل فان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها حكم بالبطلان واوجب المهر وهو مستند للحد بالاتفاق وكونه لا يعتقده على ظاهره

ايضا لانه ساذل بنا وبين احدها انه آيل الى البطلان باعتراض الولي غير الكفو والاخذ تخصيصه بما اذا لم يكن المراة ولاية على نفسها كالامة والصبية وعلى هذا فهو باطل على ظاهره وهو الذب الثاني لقدرة فسخ ولي بسبب عدم كفاءة من زوجت المراة نفسها منه وقد حكم فيه بالمهر ان دخل لكن في الخلاصة قال النتوي على قولهما ولعل وجهه ان يتحقق بالشبهة فتقضي تحقق الحل من وجه ان الشبهة لا محالة شبهة الحل لان لها ليس بنا من وجه والا وجب الحد وثبت النسب ودفع بان من المشايخ من التزم ذلك وعلى التسليم فثبوت النسب والعدة اقل ما يبتنى عليه وهو الحل من وجه وهو متنف في المحارم وشبهة الحل ليس بثبوت الحل من وجه فان الشبهة ما تشبه الثابت وليس بثابت فلا ثبوت لما له شبهة الثبوت بوجه من الوجوه الا ترى ان الا بي حنيفة الزم عقوبته بانه شبهة ولم يكون وان لم يثبت عقوبة هي الحد فيعرف انه زنا محض عنده الا ان فيه شبهة ولا ثبت نسبه ومن شبهة العقد ما اذا استاجر الدين لا فعل الا حد عليه ويعزر وقالها وان في ومالك واحمد بحد لان عقد الاجارة لا يستباح به البضع فصار كالو استاجر للطبخ ونحوه من الاعمال ثم زنا بها انه يحد اتفاقا وله ان المستوفي بالزنى المنفعة وهي العضو وعليه في الاجارة لكنه في حكم العين فبالنظر الى الحقيقة تكون محلا لعقد الاجارة فاورث شبهة بخلاف الاستيجار للطبخ ونحوه لان العقد لم يضف الى المستوفي بالوطي والعقد المضاف الى محل يورث الشبهة فيه لا في محل اخر وفي الثاني لو قال اسهر ذكر اسم زنى بك لم يجب الحد وهذا لو قال استاجرتك او فدي هذه الدراهم لاطاك والحق في هذا كله وجوب الحد اذا المذكور معنى يعارضه كتاب الله قال الله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا فالمعنى الذي يغير ان فعل الزنى مع قوله ان في ذلك لا يجلد معه للفظة المهر معارض له **قوله** ومن وطي اجنبية فيما دون الفرج بان اولج في معابن بطنها ونحوه وليس المراد ما يعم الدبر وهي المسئلة الاتية يعزر لانه منكر محرم ليس فيه تقدير فيه التعزير ومثله ما اذا اتت امراة اخري فانها يعزران لذلك **قوله** ومن اتى امراة اي اجنبية في الموضع المكروه اي دبرها او عمل قوم لوط فلا حد عليه عند ابي حنيفة ولكنه يعزر ويسجن حتى يموت او يتوب ولو اعتاد اللواطة قتله الامام بحصنا كان او غير محصن سياسة اما الحد المقدر شرعا فليس محلا له وقالا هو كالزنى وهذه العبارة تفيد اعتبارها بانه ليس من نفس الزنى بل حكمه حكم الزنى فيحد حدا ان لم يكن احصن ورجحا ان المحصن وذكر في الروضة ان الخلاف في الغلام اما لو وطي امراة في دبرها حد بلا خلاف والاصح ان الكل على الخلاف نص عليه في الزيادات ولو فعل هذا بعبده او امته او زوجته بنكاح صحيح او فاسد لا يحد اجماعا كذا في الكافي لكن في نعم فيه ما ذكرنا من التعزير والقتل لمن اعتاده ان راى الامام ذلك لكن للشافعي في عبده وامته ومنكوحته قولان ومدل يكون اللواطة في الجنة اي بدل يجوز كونها فيها قيل ان كان حرا مختارا عقلا وسمعا فقط جاز ان يكون والصحيح انها لا تكون فيها لانه تعالى استبعده واستقبحه فقال ما سبقكم بها من احد من العالمين وسماه خبيثة فقال كانت تعمل الخبائث الجنة منزهة عنها وقال ابو حنيفة في قوله تعالى بل حال ابي بكر بن او تبيين وفي قول برجمان حال حال ابي بكر قال مالك واحمد وفي قول اخر وهو الصحيح من مذهبه يحد حدا او تعزيرا ان كان بكرا ان احصن وجه المعنى ما روي ابو داود والترمذي وابن ماجة عن عبد العزيز بن محمد الدراوردي عن عمرو بن ابي عمرو عن عكرمة عن حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به قال الترمذي انما يعرف هذا من حديث ابن عباس عنه عليه السلام من هذا الوجه ورواه محمد ابن السحق عن عمرو بن ابي عمرو فقال ملعون من عمل عمل قوم لوط ولم يذكر فيه القتل ورواه عن عاصم بن عمر عن سهيل ابن ابي صالح عن ابيه عن ابي هريرة عنه عليه السلام فقال اقتلوا الفاعل والمفعول به وفي اسناده مقال لا يعلم احد رواه عن سهيل ابن ابي صالح غير عاصم بن عمر العمري وهو يضعف في الحديث من قبل حفظه وسند السنن رواه احمد في مسنده والحاكم وقال صحيح الاسناد وقال البخاري عمرو بن ابي عمرو صدوق لكنه روى عن عكرمة مناكير وقال النسائي ليس بالقوي وقال ابن معين ثقة ينكر عليه حديث عكرمة عن ابن عباس عنه عليه الصلاة والسلام اقتلوا الفاعل والمفعول به وقد اخرج له الجماعة واخرجه الحاكم بطريق اخر وسكت عنه وتعقبه الذهبي بان عبد الرحمن العمري ساقط واذا كان الحديث بهذه المثابة من التردد في امره لم يجز ان يقدم به عمل القتل مسترا

على انه حد رسول الله صلى الله عليه وسلم قتله سياسة ولما انه في معنى الزنا لانه قضاء الشهوة في محل اشتهاها على وجه الكمال المجرد
قصد سفح الماء ابلغ في حرمة وتضييعا للماء لان الحرمة قد تتكشف في الزنا بالعقد وقد يتوهم الولد فيه بخلاف
اللواط فيها فيثبت حكم الزنا له بدلالة نص حد الزنا لا بالقياس ولابي حنيفة انه ليس بزنا ولا معناه ولا يثبت فيه
حده وذلك لان الصحابة اختلفوا في موجبه فمنهم من اوجب فيه التحريق بالنار ومنهم من قال يهدم عليه الجدار ومنهم من
نكسه من مكان مرتفع مع اتباع الاحجار فلو كان زنا في اللسان او في معناه لم يختلفوا بل كانوا يتفقون على ايجاب حد
الزنا عليه فاختلافهم في موجبه وهم اهل اللسان اول دليل على انه ليس من مسمى لفظ الزنا لغة ولا معناه ولما الاستدلال
بقول القائل من لعن ذات حرمي ذي ذكرها محيان لوطي وزناء فلعدم معرفة من ينسب اليه البيت وقوله
من قال حيث قال فاعلم وذكر البيت غلط وذلك انه ليس بعجزي بل من شعر ابي نواس من قصيدته التي اولها دع عنك
لومي فان اللوم اغراء وداوني بالتي كانت هي الداء وهي قصيدة معروفة في ديوانه وهو مولد لا تثبت اللغة
بكلامه مع انه سمع تطهير كتب الشريعة عن امثاله وايضا لا يثبت دلالة لان المعنى المحرم في الزنا ليس اضاعة الماء
من حيث هو اضاعته لجواز اضاعته بالعزل بل افضاؤه الى اضاعة الولد الذي هو اهلاك معنى فان ولد الزنا ليس له
اب يربيه والام بمفردها عاجزة عنه فيشبه على السواء الاحوال ولانه قد يدعيه بعض السفهاء ان لم يثبت نسبه
شرعا ليختص به وينفعه ويتشبه من حوله فينقع الغائل والغنة وليس شيء من ذلك في اللواط ولذا هو انزجار
وقوعا عن الزنا لانعدام الداعي من الجانبين على الاستمرار بخلاف الزنا لتحققه من الجانبين فيه على وجه الاستمرار
لندرة وقوع الزنا بعيبة لا تشتهي اصلا فلا يكون ذلك ولا عبرة بالوكدية الحدقة في ثبوت عين موجب
الاخر ولذا لا يحد بسرب البول المجمع على نجاسته ويحد بسرب الخمر فيلزم من هذا ان لا تثبت الحد بطريق الدلالة
الا اذا كان في المساوي من كل وجه دون الاعلى بل ذلك قد يكون له زاجرا قويا وقد لا الى ايجاب عقاب الاخرة واما
خبر ماعز العجابة فروى البيهقي في شعب الايمان من طريق ابن ابي الدنيا ثنا عبد الله ابن عمر ثنا عبد العزيز
ابن ابي حازم عن داود ابن بكر عن محمد ابن المنكدر ان خالد ابن الوليد كتب الى ابي بكر انه وجد رجلا في بعض نواحي
العرب ينكح كما تنكح المراة فجمع ابو بكر الصحابة فسالهم فكان من اشدهم في ذلك قولا علي رضي الله عنه فقال هذا
ذنب لم يعص به الا امة واحدة صنع الله بها ما علمتم ترى ان تحرقه بالنار فاجتمع راي الصحابة على ذلك قال وروى
الواقدي في كتاب الردة في امر ردة بني سليم وروى ابن ابي شيبة في مصنفه ثنا غسان بن مضر عن سعيد بن
يزيد عن ابي نضرة قال سيل ابن عباس ما حد اللواط فقال ينظر اعلا بناية في القرية فيرمى منه منكسا ثم يتبع بالحجارة
ورواه البيهقي ايضا من طريق ابن ابي الدنيا وكان ماخذ هذا ان قوم لوط ملكوا بذلك ثم خسف حلت قراهم ونكست
بهم وكاشك في اتباع الهدم بهم وبهاز لوث وذكر شاهدا عن ابن الزبير بحسان في انثى المواضع حتى سماها
واما استدلاله بتسميته فاحشة في قوله تعالى اتاتون الفاحشة ما سبقكم بها من احد من العالمين فمدفوع بان
الفاحشة لا تختص لغة الزنا قال تعالى واللاتي ياتين الفاحشة من نسائكم وقول المصنف الا ان يعزر لما بينا
اي من انه منكر ليس فيه شيء مقدر قوله ومن وطيء بهيمة فلا حد عليه وكذا اذا زنى بعيبة لانه للزجر وانما يحتاج
الى الزجر فيما طريق وجوده منتف سالك وهذا ليس كذلك لانه لا ترغب فيه العقلاء ولا السفهاء وان التف
بعضهم ذلك لغلبة الشق فلا يفتقر الى زاجر لزجر الطبع عنه ولهذا لا يجب ستره في البهيمة الا انه يعزر
لما بينا من انه منكر ليس فيه تقدير شرعي فيفيه التعزير والذي يروى انه تذبح البهيمة وتحرق فذلك
لقطع امتداد التحدث به كما روينا فيما ذي الفاعل به وليس بواجب واذا ذبحت وهي مما لا تؤكل ضمن
قيمتها ان كان مالكها غيره لانها ذبحت لاجله وان كانت مما تؤكل اكلت وضمن عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف
لا تؤكل المراد بالمروي ما روى اصحاب السنن الاربعة عن عكرمة عن ابن عباس عنه عليه الصلاة والسلام من اتى بهيمة
فاقتلوه واقتلوها قلت له ما شان البهيمة قال ما اراه قال ذلك الا انه كره ان يوكل لحمها او ينتفع بها وقد عمل بها
ما عمل ولعل قول ابن عباس هذا هو المتمسك لابي يوسف في عدم اكلها الا ان المعنى الذي عينه الاصحاب من قطع التعيير
اقرب الى النفس رواه ابن ماجه عن ابرهيم ابن اسمعيل عن داود بن الحصين عن عكرمة والباقون عن عمر ابن ابي عمرو

وتقدم الكلام على عمرو هذا واما ابرهيم بن اسمعيل بن ابي حبيبة فقال احمد ثقة وقال البخاري منكر الحديث وضعفه
غير واحد من الحفاظ وضعف ابو داود هذا الحديث بطرقه واخرجه وهو انه روي عن عاصم ابن ابي النجود عن ابي رزين
عن ابن عباس مرفوعا عليه ليس على الذي ياتي البهيمة حد وهو الذي روي عنه الرفع عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
لقتلها وتاويله للمذكور انفا في محال ان يريد ابي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم القتل ثم خالفه ولذا اخرجه الترمذي
والنسائي وقال الترمذي وهذا اصح من الاول ولفظه من اتى بهيمة فلا شيء عليه واخرج الحاكم حديث عمرو بن ابي عمرو
بزيادة وقال صحيح الاسناد **قوله** ومن زنى في دار الحرب او في دار البغي ثم جاء الينا فارفع عند القاضي به الاقام
عليه الحد وعند الشافعي ومالك رحمهما الله يجد لانه التزم باسلامه احكام الاسلام اي كان مقامه فلنا سلمنا انه
التزم الاحكام لكن الحد ليس يجب بعلمه حتى يكون بالتزامه احكام الاسلام بل انما يتضمن التزامه تسليم نفسه اذا وجب
عليه الحد عند القاضي فتقضي باقامته عليه وليس الكلام في هذا بل في نفس وجوب الحد وانما يجب على الامام عند ثبوته
عنده فهذا الدليل في غير محل النزاع فالوجه ان يقال وجب على الامام الاقامة عليه الزاني طلقا اين ما كان زناه وح نعول
امتنع بالنص وهو قوله عليه السلام لا يقام الحد في دار الحرب وتمام الوجوب مشروط بالقدرة والقدرة للامام عليه
طال كونه في دار الحرب فلا وجوب والاعرى عن الفايد فان المقصود منه الاستيفاء ليحصل الزجر والغرض ان لا قدرة عليه
واذا خرج والحال انه لم ينعقد سببا للايجاب حال وجوده لم ينقلب موجبا له قال عدمه لكن الحديث المذكور وهو قوله
عليه السلام لا يقام الحد وهو في دار الحرب لم يعلم له وجود وروى محمد في كتاب السير الكبير عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال
من زنى او سرق في دار الحرب واصاب بها حدا ثم سوب فخرج الينا فانه لا يقام عليه الحد والله اعلم به وعن الشافعي
قال قال ابو يوسف حدثنا بعض اشياخنا عن مكحول عن زيد ابن ثابت قال لا يقام الحد وفي دار الحرب مخافة ان يلحق ٢٣٣
اهلها بالعدو وقال وحدثنا بعض اصحابنا عن نوار ابن يزيد عن حكيم بن عمير ان عمر ابن الخطاب رضي الله عنه كتب الى عمير
بن سعد الانصاري والي حمص ان لا تقيموا الحدود على احد من المسلمين في ارض الحرب حتى يخرجوا الى ارض المصالحة قال
الشافعي ومن هذا الشيخ ومكحول لم يدرك زيد ابن ثابت وانت تعلم ان هذا نوع انقطاع ومعتمد ابي يوسف انه واهل
في الارسال وان حذف الشيخ لا يدخل يكون من العدل المجتهد الا للعلم بثقته ولا يضر مخالفة راي منتهى المرسل شيء من ذلك
بعد كون المرسل من ائمة الشان والعدالة وهذا الاخير رواه ابن ابي شيبة في مصنفه حدثنا ابن المبارك عن ابي بكر ابن
ابي مريم عن حكيم بن عمير به وزاد ليلا تحمله حمية الشيطان ان يلحق بالكفار انتهى انما اخرجه ابن ابي شيبة رحمه الله
ايضا ثنا ابن المبارك عن ابي بكر ابن عبد الله ابن ابي مريم عن عبيد ابن عتبة بن رومان ان ابا الدرداء نهى ان يقام على احد
حد في ارض العدو واخرج ابو داود والترمذي والنسائي عن بسر ابن ارطاة قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول
لا تقطع الايدي في السفر انتهى ولفظ الترمذي في الغزو وقال الترمذي حديث غريب والعمل عليه عند بعض اهل العلم
منهم الاوزاعي يرون ان لا يقام الحد في الغزو مخافة ان يلحق من يقام عليه الحد بالعدو وقال فاذا رجع الامام
الى دار الاسلام اقام عليه الحد واعلم ان مع الاوزاعي احمد واسحق فمذهبهم تاخير الحد القتول وبسر بن ارطاة
وتقال ابن ابي ارطاة اختلف في صحبته قال البيهقي في المعرفة اهل المدينة ينكرون سماع بسر من النبي صلى الله عليه وسلم
وكان يحيى ابن معين يقول بسر ابن ارطاة رجل سوء قال البيهقي وذلك لما اشتهر من سوء فعله في قتال اهل الحرة
انتهى فلو انه سمعه منه عليه الصلاة والسلام لا تقبل رواية من رضي ما وقع عام الحرة وكان من اعوانها والحق ان
هذه الاثار لو ثبتت بطريق مرجب للعمل معللة بمخافة لحاق من اقيم عليه باهل الحرب انتفى ان يقام اذا خرج
في كونه بهيمة اذا خرج الى دار الاسلام خلاف المذهب فان قيل ليس معنى قوله في الاثار المتقدمة حتى يخرجوا الى
ارض المصالحة انه حينئذ يقيم حد الزنى الذي كان في دار الحرب سلنا انه اذا صار الى ارض المصالحة يقيم عليه حد الزنى اذا زنى
قلنا اظهر الاحتمالين الاعداد لو سلم احتمالها على السواء فلا يترجح الثاني وعلى تنزل الاحتمال الاول هو خلاف الذهب
مع انها معارضة بما اخرجه ابو داود في المراسيل عن مكحول عن عبادة ابن الصامت ان النبي صلى الله عليه وسلم قال
اغزو احد وا الله في السفر والحضر على الغزيب والبعيد وفي الناس والولاة في الله لومة لايم والرسل حجة موجبة قال
وروايته باسناد موصول في السنن فلا شك في عدم صحة الاحتجاج بمثل هذا الحديث على عدم الموجب من الاصل

وايضا معارض لاطلاق فاجلد وانحوه فيكون زيادة فان اجيب بانه عام خص منه مواضع للشبهة فهو مدفوع
بان الزنا نفسه ماخوذ فيه عدمها فانه الوطي في غير ملك وشبهته فترتيبه سبحانه اعلما بالحد على الزنا ترتيبا ابتداء
على ما شبهة فيه فيكون هذه الاخبار مخصصا اولا واما الدليل العقلي المذكور فعليه ان يتاتى لا نسلم ان عجز الامام
عن الاقامة حال دخول الزنا في الوجود يوجب ان لا فايدة في الايجاب انما ذلك لو عجز مطلقا فجاز ان يثبت الوجوب
في الحال علما بالقدرة ولكنه يجاب بانه لا معنى لهذا الكلام وتصحيحه ان يقال جاز ان يثبت في الحال تعليق الايجاب
بالقدر بان اذا قدرت فاقم عليه فالوجوب معدوم في الحال وسر وجوده عند تحقق القدرة في المال الان المعلق بالشرط
كذلك فجوابه ان هذا معنى ممكن لكن ابن هو ليله فان الايات انما تفيد تنجيز الوجوب لا تعليقه ونحن نعلم ان القدرة
شرط التكليف فنعلم انتفاءها فيما نحن فيه وهو الزاني في دار الحرب فاين دليل تعليق الايجاب قال زني الزاني في دار
الحرب باقتدار الامام عليه فاذا لم يثبت لم يثبت تعليقه كما لم يثبت تنجيزه فان اجيب بان تعليقه يثبت
بما تقدم من الاثار المفيدة انه اذا رجع اليه دار الاسلام اقامه يدفع بانه معارض بحديث في مراسيل ابي داود
وهو يرجح الاحتمال المخالف للمذهب من وجهين الاحتمالين وايضا فقد يقال عليه لا نسلم ان حال الزنى يجب على الامام
الاقامة بل انما يجب اذا ثبت عنده فقبل الثبوت عنده لا يتعلق به وجوب اصلا وفرض المسئلة اندر في
في دار الحرب ثم اقر عند القاضي بعد الخروج او شهد به عليه في غير تلك المرة وعند ذلك هو قادر وتتعلق به الايجاب
الاقامة والمذهب خلافه والله اعلم قال ولو غزا مع له ولاية الاقامة بنفسه كالخليفة وامير المصر يقيم الحد على من
زنى عسكره لانه تحت يده والقدرة ثابتة عليه بخلاف ما لو خرج من العسكر فدخل دار الحرب فزنى فرجع
الى العسكر لا يقيمه وبيد انه لو زنى في العسكر والعسكر في دار الحرب في ايام المحاربة قبل الفتح له ان يقيمه
للولاية اما امير العسكر والسرية فلا يقيمه لانه لم يفوض اليهما الاقامة **قوله** واذا دخل حربي دارنا بامان
وهو المستامن من فزني بذمية الى اخره حاصل المسئلة اذا زنى الحربي المستامن بمسلمة او ذمية فعليهما الحد دون
الحربي في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد عليه الحد واحدا منهما ثم رجع وقال عليها الحد جميعا وقال محمد بقوله
الاول فصار في ثلاثة اقوال قول ابي حنيفة نحد المزني بها المسلمة والذمية وقول محمد لا يحد واحد منهما وقول
ابي يوسف يحد المسلمة بالمسلمة والذمية انه لو زنى بحربية مستامنة لا يحد واحد منهما عند ابي
حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يحد ان ذكر في المختلف وان زنى المسلم او الذمي بالحربية المستامنة حد الرجل في
قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يحدان جميعا والاصل ان عند ابي حنيفة ومحمد يجب على الحربي حد في الحدود
سوى حد القذف فلا يجب عليه حد زنا ولا سرقة ولا شرب وعند ابي يوسف يجب الكل لا حد الشرب نحد الشرب
لا يجب اتفاقا لانه يعتقد حله وحد القذف يجب اتفاقا لان فيه حق العبد واختلفوا في حد الزنا والسرقة
عند ابي يوسف يجب وعندهما وجه ابي يوسف ان المستامن التزم لحكامنا مدة مقامه في دارنا في المعاملات
والسيئات كما ان الذمي التزمها مدعهم ولهذا يحد للقذف ويقتل قصاصا ويمنع من الربوا وشراء العبد المسلم
والمصحف ويجبر على بيعهما بخلاف حد الشرب لانه معتقد اباحته ووجه ابي حنيفة ومحمد انه لما لم يدخل للتجارة
بل لحاجة يقضيها ويرجع وعلينا ان نمكنه من الرجوع بشرطه لم يكن بالاستيمان ملتزما جميع احكامنا في المعاملات
بل ما يرجع منها الى تحصيل مقصده وهو حقوق العباد غير انه لا بد من اعتباره ملتزما الانصاف ولكن الاذى
اذ قد التزم له بامانه مثل ذلك والقصاص وحد القذف من حقوقهم فلزمناه اما حد الزنا فخالص حق الله
سبحانه وكذا المغلب في السرقة حقه ولم يلتزمه وماحصه تعالى سيغنيه من استيفائه عند اعطاء امانه
بخلاف المنع من شراء العبد المسلم والمصحف والاجبار على بيعهما فانه من حقوق العباد لانه في استخدامه قهرا ذلا
للمسلم ولذلك في استحقاقه بالمصحف والربوا مستثنى من كل عهود ولهم ولمحمد رحمه الله وهو القذف بين المسلم
والذمي اذا زنى بمستامنة حيث يجب الحد عندهما على الفاعل وبين المسلمة او الذمية اذا زنت بمستامن
لا يجب الحد عنده عليها ان الاصل في الزنا فعل الرجل والمراة تبع لكونها محلا له ما سندكر وامتناع الحد في حق الاصل
يوجب امتناعه في التبع بخلاف امتناعه في حق الاصل اي دليله اذا زنى البالغ العاقل

بصبية

بصبية او مجنونة بحيث هو وطء وفي تمكين البالغة الصبي والمجنون نظر وتمكينها اما يوجب الحد عليها اذا امكنت
من فعل موجب له وفعل الصبي ليس موجبا ولا يكون تمكينها موجبا عليها وابو حنيفة ان فعل المستامن زنا لكونه
مخاطبا بالحرمات كحرمة الكفر والزنا في حق احكام الدنيا على ما هو المختار بخلاف قول العراقيين الا انه امتنع
حده لان امانته بالولاية والولاية منتفعة عنه باعطاء الامان لانها التزمه من حقوق العباد فقد مكنت
من فعل موجب له وهو زنا بالقصور فيه وهو المرجب للحد عليها وصار كما لو مكنت مسلما فهرب تحدهي لان المانع حصل بتبعيتها
في الفعل لا بحكمه بخلاف تمكينها صبيا او مجنونا لانها لما لم تخاطب لم يكن فعلها زنا فلم تمكن من الزنا ونظيره ما لو زنا بمكرهة
بطاوعة تحد للمطاوعة عند ابي حنيفة وبه قالت الائمة الثلثة وعند محمد لا تحد **قوله** واذا زنى الصبي او المجنون
بامراة طاوعته فلا حد عليه ولا عليها وقال زفر والشافعي فيجب الحد عليها وهو ابي قول زفر وابي في رواية عن ابي يوسف
وهو قول مالك واحمد وان زنى مجبوب اي عامل بالغ مجنونة او مغمورة بجامع مثل احد الرجل خاصة وهذا بالاجماع لهما ان
العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبه فكذا العذر من جانبه لا يوجب سقوطه من جانبها وهذا لان كلا منهما
مواخذ بفعله وقد فعل ما هي به زانية لان حقيقة زنا ها اقتضاء شهوتها بالته وقد وجد الا يرى انه
سبحانه وتعالى سماها زانية وهو ليس الا بذلك ويدل عليه انها زانية حقيقة كونها محدودا فاذا لم يوجد فاذفها لا يجب ولنا
ان فعل الزنا انما تحقق منه لان اهل اللغة اخذ واجتمع تعريفه وطي الرجل فكانت
ظارجة وانا هي محل ولهذا يسمى هو واليا وزانيا وهي موطوة ومزني بها الا انها سميت زانية مجازا تسمية للفعول باسم
الفاعل كعيشة راضية وماء دافق اي مرضية ومدفوق لكونها مسببة لزني الزاني بالتمكين فتعلق الحد في حقها
بالتمكين من فعل هو زنا والزاني فعل من هو منهي عنه اتم به وفعل الصبي ليس كذلك فلا يناط به الحد وعلى هذا لو قلنا
انما بالتمكين زانية حقيقة لغة لا يضرنا لانا انما نسمي زانية حقيقة بالتمكين ما هو زنا وهو منتف من الصبي والمجنون
فان قيل كيف يتصور ان تطلق عليها زانية حقيقة مع انه اثبت انه تطلق عليها مزني بها حقيقة فيلزم كون الطلاق
اسم الفاعل والمفعول بالنسبة الى فعل واحد لشخص واحد حقيقة وهو باطل فالجواب بانه انما يبطل لو كان من جهة
واحدة وهو منتف فان تسميتها زانية باعتبار تمكينها طايعة لقضاء شهوتها من فعل هو زنا ومزنية باعتبار كونها
محلا للفعل الذي هو زنا فلو منع وقيل بل ترتب الحد انما هو على تمكينها من الوطي العقلي الى انتهاء النسب وتضيع
الولد وهو المعنى المحرم للزنا سواء وقع زنا اولى فالجواب ان تسميتها زانية حقيقة او مجازا كونه بالتمكين من الزنا
انسب من كونه لما ليس زنا ولو لم يلزم مجاز كونه لكل منهما فدار تمكينها الصبي والمجنون بين كونه موجبا للحد وكونه
غير موجب فلا يكون موجبا لوجوب الدرء في مثله ذلك لكن بقي ان يقال كون للزنا في اللغة هو الفعل المحرم ممنوع هو
مخالف ممنوع بل ادخال الرجل فرجه حشفته قبل مشتهاة طايعا او مامنيا بالاملاك وشبهة وكونه بالغا عاقلا لاعتباره
موجبا للحد شرعا فقد ملكت من فعل هو زنا لغة وان لم يجب على فاعله حد والجواب ان هذا يوجب التفصيل بين
تمكينها صبيا فلا حد ومجنونا فحد كان قولهم وطي الرجل يخص البالغ لكن لا قايل بالفصل والذي يغلب على الظن
من فوق كلام اهل اللغة انهم لا يسمون فعل المجنون زنا ولو احتمل ذلك والموضع موضع احتياط في الدرء لانا في
الايجاب نلاحظه بالله اعلم ومما ذكرناه سين فيما قيل لو كان تمكين المراة صبيا او مجنونا يمنع الحد عليها
لاستفسر رسول الله صلى الله عليه وسلم الغامدية حيث اقرت بالزنى هل زنى بك مجنون او صبي كما استفسر
ماعزا فقال ابك جنون حين كان جنونه يسقط عند الحد لانها لما قالت رنيت فقد اعترفت بتمكين غير
صبي ومجنون فلا معنى لاستفسارها عن ذلك بخلاف ما عزفانه استراب امره على ما تقدم ولذا لم يسال الغا
ابك جنون مع ان اثر ما عز يدل سقوط الحد بجنونها واورد انه ينبغي ان يجب العقد على الصبي والمجنون
لان الوطي في غير الملك لا يخلو عن احد هما اما العقد وهو مهر المثل او الحد لو زنى الصبي بصبية او مكرهة
يجب عليه المهر وهنا يجاب اجيب بالفرق وهو ان الايجاب عليه هنا فايدة فيه لانا لو اوجبنا عليه لرجع
ولي الصبي على المراة بما طاوعته صارت امراة له بالزنا معها فدرئ حق الصبي عن ذلك الامر وهي الامر هنا
لو رجع بها على نفسها فلا يفيد الايجاب بخلاف ما لو كانت مكرهة او صبية فانه يرجع ولي الصبي على المراة لعدم صحة

امرها لعدم ولايتها وفي المكرهة عدم الامر اصلا فكان الايجاب منه ابتداء واما ايراد ان القاعدة ان كلما انتفى الحد عن الرجل انتفى عن المراة وهي مفوضة برنا المكره بالمطاوعة والمسلمة بالمقاومة فوروده بناء على كون هذه قاعدة وهو ممنوع بل الحكم في كل موضع يقتضي الدليل ولا حاجة الى الايراد ثم تكلف الدفع **قوله** ومن اكرهه السلطان حتى زنى فلا حد عليه وكان ابو حنيفة اولا يقول بالحد وهو قول زفر وبه قال احمد لان الزنا من الرجل لا يتصور الا بعد انتشار الالة وهذا اية الطواعية فاقترن بالاكراه ما ينفيه قبل تحقق الفعل المكره عليه بحيث كان حال فعله اياه غير مكره فبطل اثر الاكراه السابق ووجب الحد بخلاف اكراه المراة على الزنا فانه بالتمكين وليس مع التمكين دليل الطواعية ولا حد اجماعا ثم رجع ابو حنيفة فقال لا حد الرجل المكره ايضا لان السبب الملجئ الى الفعل قائم ظاهرا وهو قيام السيف ونحوه والانتشار لا يستلزم الطواعية بل هو محتمل له اذ يكون سوء ويكون طبعا لقوة المخليه وقد يكون لدرج نسغل الى الحجر حتى يوجد من النائم فقد منه فلا يترك اثر اليقين وهو الاكراه الى المحتمل وان اكرهه غير السلطان حد عند ابي حنيفة لعدم تحقق الاكراه من غيره فكان مختارا في الزنا وكذا عند زفر واحد لانه وان تحقق الاكراه من غير السلطان عندهما لكن قاما الانتشار دليل الطواعية فقالا يحد وقال ابو يوسف ومحمد لا يحد لتحقق الاكراه من غير السلطان والانتشار لا يستلزم الطواعيه الى اخر ما ذكرناه آنفا قال المشايخ هذا اختلاف عصر وزمان ففي زمن ابي حنيفة ليس لغير السلطان من القوة ما لا يمكن دفعه بالسلطان وفي زمنهما ظهرت القوة لكل متغلب فيفتي بقولهما وعليه مشى صاحب الهداية في الاكراه حيث قال والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة على ايقاع ما توعده به **قوله** ومن اقر اربع مرات بالزنا وهو مجبوب حد احدهما ان يقر الرجل في اربع مجالس انه زنى بفلانة حتى كان اقراره موجبا للحد وقالت هي بل تزوجني او اقرت هي بذلك بالزنا معه فلان وقال الرجل بل تزوجتها لم يحد واحد منهما في الصورتين لان دعوى النكاح تجري الصدق وتسقط بتصديق مدعي النكاح منها فيكون النكاح ثابتا فلا يحد الرجل وبتقدير كذبه لا نكاح فيجب الحد فلا يحد وعليه المهر في صورتي دعواه النكاح ودعواه الزنا وان كانت المراة في صورة دعواه النكاح معترفة بان لا مهر لها لدعواها الزنا اذا كان حكم الشرع سقوط الحد عنها مع ثبوت الوطي باعترافها به وان اختلفا في جهة كانت مكذبة شرعا والوطي لا يخلوا عن عقر او عقد فلزم لها المهر وان رضيته منه واعلم ان وجوب المهر انما هو فيما اذا كانت الدعوى قبل ان يحد المقر فان حد ثم ادعى الاخر النكاح لا مهر لان الحد لا ينتقض بعد الاقامة كما لو اقر ان انه زنى بفلانة وقالت فلانة ما زنى بي ولا اعرفه او اقرت هي بالزنا اربع مرات مع فلان وقال فلان ما زنيت بها ولا اعرفها لا يحد المقر بالزنى عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي واحمد يحد المقر لان الاقرار حجة فيه حق المقر وعدم ثبوت الزنى في حق غير المقر لا يورث شبهة العدم في حق المقر كما لو كانت غائبة وسماها ولابي حنيفة رحمه الله ان الحد انتفى في حق المنكر بدليل موجب للنفي عنه فاورث شبهة الانتفاء في حق المقر لان الزنا فعل واحد تتم بهما فاذا تمكنت فيه شبهة تعدت الى طرفيه وهذا لانه ما اقر بالزنا مطلقا انما اقر بالزنا بفلانة وقد درء الشرع عن فلانة وهو عين ما اقر به فيندرء عنه ضرورة بخلاف ما لو اطلق فقال زنيت فانه وان احتمل كذبه لكنه لا موجب شرعي يدفعه وبخلاف ما لو كانت غائبة لان الزنا لم ينتف في حقها بدليل يوجب النفي وهو الانكار حتى لو حضرت واقرت اربعا حدت فظهر ان الغيبة ليست معتبرة بل الاعتبار للانكار وعدم معرفته فاذا انكرت تبقت شبهة بدرء الحد عنه واذا لم يعلم انكارها فلا شبهة فيحد فان قيل ينبغي ان لا يجب الحد على الرجل في هذه الصورة عندهما لانه يصون دعوى النكاح عن الحد لما استند بانكار وصف الفعل وهو الزنا كما في المسئلة السابقة بدعوى النكاح فانكارا صل الفعل اولى قلنا حصانة تلك المسئلة بوجوب الحد على الرجل بحديث سهل بن سعد فانه رد بيمان رجلا اقر بالزنا بامراة فانكرت فحده رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه ابو داود وفي شرح الطحاوي ولم ينه المراة النكاح وانكرت وادعت على الرجل القذف يحد حد القذف ولا يحد حد الزنا **قوله** ومن زنى بجارية انقصها اي بفعل الزنا فانه يجد وعليه قيمتها وانما قيد بالجارية لتكون صورة الخلاف فانه لو زنى بحرة فغلتها لا يجد اتفاقا ويجب

عليه الدية وقوله وعن ابي يوسف انه لا يحد ذكره بلفظ عن ليفيد انه ليس ظاهر المذهب عنه فان محمدا لم يذكر في خلافه في الجامع الصغير وعادته اذا كان خلافه ثابتا ذكره وكذا الحاكم الشهيد لم يذكر في الكافي خلافا وانما نقل الفقيه ابو الليث خلافه فقال ذكر ابو يوسف في الامالي ان هذا قول ابي حنيفة خاصة وفي قول ابي يوسف لا حد عليه وحيث نقل قوله خاصة ذكر في المنظومة في باب قول ابي يوسف على خلاف قول ابي حنيفة ولا قول محمد وقيد الاشهب كون قول محمد مثل قول ابي حنيفة وبه قال الشافعي واحمد لانه لو كان لا قول له بان توقف لذكره وانما قال ابو يوسف هذا قول ابي حنيفة خاصة لان محمدا كان في عداد تلامذته فلم يعتبر ما قاله قوة ما ينقله هو وعلى هذا يكون الخلاف هكذا اسنى المصنف حيث قال ولهما انه ضمان نقل وجه قول ابي يوسف انه لا يجد لان تتمة وجوب القيمة على الزاني سبب قتله سبب لملك الامة واذا ملكها قبل اقامة الحد سقط الحد كما لو ملك السارق المسروق قبل القطع حيث سقط بخلاف الحرة لانها لا تملك بالضمان وعلى هذا قال فيما لو زنى بها ثم قبلها او ملكها بالعقد ابان زنى بجارية جنت عليه فدفعت اليه بالجناية او بالبشراء او النكاح انه لا يجد في ذلك كله وعند ابي حنيفة يجد في الكل فقال ابو يوسف بالدفع يثبت الملك مستندا وكذا اذا ملكها بالشراء او النكاح لان اعتراض سبب الملك قبل اقامة الحد على ما ذكرنا والى ابي حنيفة انه زنى وجني فنوجد موجب كل من الفعلين والمنافاة فيجمع بين الحد والضمان وكون الضمان يمنع الحد لاستلزامه الملك ممنوع لان هذا ضمان دم حتى وجب في ثلث سنين في العاقلة وتجب بالغة ما بلغت وهو ما يوجب ملكا لان محل الملك المال والدم ليس بمال ثم تنزل فقال بما حاصله انه لو فرض ان الضمان يوجب الملك لكان يوجبه في العين الغائبة لانه يثبت بطريق الاستناد والاستناد انما يظهر في القيام دون الغايت ومنافع البضع التي استوفيت فانه وليس محلا وهو العين قائما ليثبت به شبهة قيام المنافع فيثبت شبهة ملكا فلم يظهر الملك في الا شبهة فلم يكن كالمسروق ولم يفد الملك المسبب عن الضمان ملك تلك المنافع ليسقط الحد بخلاف السرقة فان شرط اقامة حد السرقة الخصومة وبالهبة انقطعت بخلاف حد الزنا فبطل القياس وآل هذا التقرير الى ان الثابت بهذا الضمان شبهة شبهة تلك المنافع لان الثابت شبهة ملك العين لا حقيقته وبحقيقته تثبت شبهة ملك المنافع فاذا كان الثابت شبهة ملك العين فهو شبهة شبهة ملك المنافع وشبهة الشبهة غير معتبرة وحاصل التقرير ان ابا يوسف اثبت شبهة ملك المنافع المستوفى ونحن نفيناه وليس احد يثبت بالضمان حقيقة ملك المنافع وعلى الوجه الذي قررناه يتضح حسن اتصال قوله بخلاف ما اذا زنى بها فاذهب عينها حيث يجب عليه قيمتها وسقط به الحد لان الملك ثمة ثبت في الجثة العينا وهي عين فاورث شبهة اي في ملك المنافع تبعا فيندرء الحد اما هنا فالعين فاتته بالقتل فلا ملك بعد الموت ولا يقال هذا التملك بطريق الاستناد فلا يضر الفك المملوك لانا نقول المستند ثبت او لا ثم بستند فاستدعى ثبوت المحل حال الاولية وهو منتف ولئن سلمنا ان الثابت في المنافع شبهة الشبهة فقال ابو يوسف على ما ذكرنا فان قيل ينبغي ان لا يجب الحد ولو تم ملك المقتول لان بعض القيمة لا بد ان يصير بازاء منافع البضع التي يجب الحد لاجلها فيجب ان لا يحد واذا وجب ضمان بازاء مضمون واحد اجب بانه لما لم يوضع القتل للقتل لان له جراحة اندملت ثم حدث القتل فكان الضمان كله بازاء ما بعد الجراحة الظهيرية لو غصبها ثم زنى بها ثم ضمن قيمتها لا حد عليه عندهم جميعا خلافا لما قال في الوزني بها ثم غصبها وضمن قيمتها لم يسقط الحد وفي جامع قاضي خان لو زنى بحرة ثم تحكم بما يسقط الحد تما تفاقا **قوله** وكل شئ فعله الامام الذي ليس فوقه امام مما يجب به الحد كالزنا والشرب والقذف والسرقة لا يواخذ به الا القصاص والمال فانه اذا قتل انسانا او اتلف مال انسان يواخذ به لان الحد حق الله تعالى وهو المسؤل باقامته وتعذر اقامته على نفسه لان افاتته بطريق الجلد او القتل ولا يفعل احد ذلك بنفسه ولا ولاية لاحد عليه ليستوفيه وفائدة الايجاب الاستيفاء اذا تعذر ايجب بخلاف حقوق العباد فان القصاص

وضاف المكلفات ان حق استيفائها لمن له الحق فيكون الامام فيه كغيره وان احتاج الى المنعة فالمسلمون منعته فيقدر
بهم على الاستيفاء فكان الوجوب عينيا او المغلب في حد القذف حق الشرع فكان كبقية الحدود وبهذا يعلم
انه يجوز استيفاء القصاص بدون قضاء القاضي لكن الوصي لا يستوفيه لانه شرط واورد عليه ما المانع
من انه يولي غيره الحكم فيه بما ثبت عنده كما في الاموال غير انه اذا صحت هذه الاستنابة فوجب عليه حث
للعبد استوفاه العبد او حتى يستوفاه ذلك النائب وقيل لا يخلص الا اذا ادعى ان قوله تعالى الزانية والزاني
فاجلدوا كل واحد منهما يعم ان المخاطب فيه بالجلد الامام انه يجلد غيره والله اعلم وقد يقال اين دليل ايجاب
الاستنابة والله تعالى اعلم **باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها** قدم ان الحدث يثبت
بالبينة والاقرار وقدم كيفية الثبوت بالاقرار ان وجود ما ثبت منه بالبينة الى ما ثبت بالاقرار
اندر زاد رضيق شروطه المقتضى لاعدامه وهو ان يريد ذكر الرجل في فرجها كالميل في المكحلة وانما لم تثبت قط
الزنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر وعمر وعثمان وعلي بالبينة وانما كلهم لم يحد والا بالاقرار فقدر
ما يكثر وجوده وما كان الثبوت به عنده عليه السلام وعند الصحابة **قوله** واذا شهد الشهود بحد متقادم
لم يمنعوا عن اقامته بعدهم عن الامام لم يقبل شهادتهم الى اخره حد القذف خاصة فقوله متقادم اسناده في الحقيقة
الى ضمير السبب اي متقادم سببه وهو الزنا مثلا وهو المشهود به وقوله شهد وا بحد يستهل فانهم انما يشهدون
سبب الحد والتقادم صفة له في الحقيقة وقوله لم يمنعوا الى اخره جملة في محل جر لانها صفة للنكرة وهو حد
والفاعل بعدهم ولا شك انه لا يتعين البعد عذرا بل يجب ان يكون كل من مرض او خوف طريق او نوم بعد يومين
ونحوه من الاعذار التي يظهر انها مانعة من المسارعة تم ذكر عبارة الجامع الصغير لاشتمالها على زيادات مفيدة
وهي قوله واذا شهد على الشهود بسرقة او شرب خمر او بزنا بعد حين لم يوخذ به وضمن السرقة ثم قال
فان اقر هو بعد حين بذلك اخذ به الا الشرب فانه لا يوخذ بذلك وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد يوخذ به كما يوخذ بالسرقة والزنا ولا يخفى ما اشتمل عليه من الزيادات قال المصنف وغيره له
والاصل ان الحدود الخالصة حقا لله تعالى تبطل بالتقادم خلافا لمالك ففي ونحوها العبارة تساهل مشهور فان الذي
يبطل بالتقادم الشهادة باسبابها فتقرر انه يجب الحد على الامام من الاصل لعدم الموجب والحاصل ان في الشهادة
بالحدود القديمة والاقرار بها اربعة مذاهب الاول رد الشهادة بها وقبول الاقرار بما سوى الشرب وهو
قول ابي حنيفة وابي يوسف الثاني رد هما وقبول الاقرار حتى بالشرب القديم كالزنا والسرقة وهو قول محمد
بن الحسن الثالث قبولها وهو قول مالك واحمد الرابع نحوها نقل عن ابن ابي ليلى وابن حنبل
احد يقلب قول محمد واستدل للشافعي والاخرين باكماقه بالاقرار لانهما حجتان شرعيتان يثبت بكل منهما
الحد فكما لا يبطل الاقرار بالتقادم كذا الشهادة وتحقوق العباد ولنا وهو الفرق ان الشهادة بعد التقادم شهادة
متهم وشهادة المتهم مردودة اما الكبرى فلقوله عليه الصلاة والسلام لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين اي متهم وذكر
محمد عن عمر رضي الله عنه في الاصل انه قال ايما شهود شهدوا على حد لم يشهدوا عليه حضرته فانما شهدوا
على ضغن فلا شهادة لهم واما الصغرى فان الشاهد سبب الحد مامور باحد امرين الستر احتسابا لقوله
صلى الله عليه وسلم من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا والاخرة مع ما قدمنا من الحديث في ذلك او الشهادة به لقصد
اخلاء العالم عن الفساد للزجار بالحد فاحد الامرين واجب بجميع هي الغور لحصال الكفارة كان كلا
من الستر واخلاء العالم عن الفساد لا يتصور فيه طلبه على التراخي فاذا شهد بعد التقادم لزمه الحكم عليه
باحد الامرين اما الفسق واما تهمة العداوة لانه ان حمل على انه من الاصل اختار الاداء وعدم الستر ثم اخره لزم
الاول اريد به انه اختار الستر ثم شهد لزم الثاني وذلك انه سقط عنه الواجب باختيار احدهما فاقترافه
بعد ذلك الى الشهادة موضع ظن انه حركة حدوث عداوة بخلاف الاقرار بالزنا والسرقة لا يتحقق فيه
احد الامرين من الفسق وهو ظاهر وذا التهمة اذ الانسان لا يجادي نفسه ولا يبطل بالتقادم اذ لم يوجب
تحقق تهمة وبخلاف حقوق العباد لان الدعوى شرط فيها فتاخير الشاهد لتاخير الدعوي لا يلزم فيه

فسق

يصح هذا القضا الذي هو الاستيفا فانتفى وهذا دا المختلف اي المختلف فان كون قيام الشهادة وقت القضا شرطا صحيح لكن الكلام في معنى قيامها فعندهم ما لم يطرا ما ينقضها من الرجوع هي قايمة حتى لو شهدوا ثم غابوا او ماتوا جاز الحكم بشهادتهم وعندنا قيامها ببقايا هم على الاهلية والحضور ثم قد يقال لو سلم ترجح هذا لكن التقادم انما يبطل في ابتدا الادا التهمة وقد وجدت الشهادة بالاتمام ووقعت صحيحة موجبة فانعقد السبب بلا توان منها لا يبطل الواقع صحيحا ولو قلنا ان ردها انيط بالشهادة فلم يلتفت الى التهمة بعد ذلك يجب كونه انيط بتقادم عن توان من الشاهدين والا فممنوع ونذكر فيما يلي هذه العولة فيه زيادة ان شا الله تعالى **قوله** واختلفوا ايضا بعد التقادم واشار محمد في الجامع الصغير الى انه ستة اشهر حيث قال شهد واحد بعد حين وقد جعلوه عند عدم البينة ستة اشهر على ما تقدم في الايمان اذا حلف لا يكلمه حينا وابو حنيفة لم يقدره وقال ابو يوسف جهدنا بابي حنيفة ان يقدره لنا فلم يفعل وفوضه الى راي القاضي في كل عصر فما يراه بعد مجانبته الهوى تقديرا تقادم ردوه والا يعد تفريطا غير تقادم رواحوال الشهود والناس والعرف يختلف بذلك فانما يوقف عليه بنظر نظر في كل واقعة وفيما تاخير فنصب المقادير بالراي متعذر ومن محمد انه قدره بشهر لان ما دونه عاجل على ما في المسئلة المحلف ليقضين حقه عاجلا فقضاه فيما دون الشهر لم يحنث وبعده يحنث وهو رواية عن ابي حنيفة وابي يوسف وهو الاصح وما عدا هذين الروايتين مما في المجرد قال ابو حنيفة لو سال القاضي الشهود متى زنا بها فقالوا منذ اشهر اقيم الحد وان قالوا شهرا او اكثر درئ عنه قال ابو الليث الناطفي تقديره على هذه الرواية شهر وهو قول ابي يوسف ومحمد وهذا اعني كون الشهر تقاعدا يمنع قبولها اذا لم يكن بينهم وبين القاضي مسيرة شهر اما اذا كان تقبل شهادتهم بعد الشهر لان المانع بعدهم عن الامام فلا تحقق التهمة فقد نظر في هذا التقادم لما تحقق التهمة فيه وعدمه وهو مخالف ما ذكره من قريب انه بعد ما انيط بالتقادم لا يراعى وجود التهمة في كل فرد الا ان يقال اذا كان المانع البعد او المرض ونحوه من الموانع الحسية والمعنوية حتى تقادم لم يكن ذلك التقادم الناط به بل هو سالم يكن معه هذه الموانع من الشهادة وجاب بان هذا رجوع في المعنى الى اعتبار التقادم الناط بما يلزمه احد الامرين من العسر والتهمة ثم هذا التقادم المقدر شهرا بالاتفاق في غير ترب الحد اما فيه فكذلك عند محمد رحمه الله وعندهما يقدر بزوال الرائحة فلو شهدوا عليه بالشرب بعدها لم يقبل عندهما وسياتي هذا ان الله تعالى **قوله** واذا شهد واحد على رجل انه زنى بثلاثة وهي غايبة فانه يجد اجماع الايمة الاربعة عليه وكذا لو اقر بالزنا بغايبة يجد الرجل باجماعهم لحديث ماعز فانه اقر بغايبة على ما تقدم ذكرها ووجهه عليه السلام ونقل ابو الليث عن ابي حنيفة انه كان يقول اذا لا يحد حتى يحضر المراة لاحتمال ان تحضر فتدعي ما يسقط الحد من نكاح مثلا ونحوه ثم رجع الى قول الكل وسيظهر وجه بطلان القول الاول وان شهدوا انه سرق من ثلاثة وهو غايب لم يقطع والفرق ان بالغيبة يتعدم الدعوى والدعوى شرط في السرقة للعمل بالبينة لان الشهادة بالسرقة تتضمن الشهادة بملك المسروق للمسروق منه والشهادة للمرء لا تقبل بلا دعوى وليست شرطا للزنى عند القاضي وطلب بالعرق من القصاص اذا كان من شريكين واحدهما غايب ليس للحاضر استيفاؤه لجواز ان يحضر فيقبل بالعفو ويبين الشهادة بزنى الغايبة فان الثابت في كل منهما شبهة الشبهة اوجب بالمنع بل الثابت في صورة القصاص نفس الشبهة وهي احتمال العفو فان العفو ليس شبهة بل حقيقة المسقط فاحتماله هو الشبهة وانما تكون شبهة الشبهة لو كان العفو نفسه شبهة فيكون احتماله شبهة الشبهة بخلاف الغايبة فان نفس دعواها النكاح مثلا شبهة فاحتمال دعواها ذلك شبهة الشبهة واعتبارها باطل الا ادى الى نفي كل حد فان بتهوته بالبينة او الاقرار والذي تثبت به يحتمل ان يرجعوا عنه وكذا الشهود يحتمل ان يرجعوا فلو اعتبرت شبهة الشبهة انتفى كل حد ووجه ان شبهة الشبهة ان نفس رجوع المقر والشاهد شبهة لانه يحتمل كذبه في الرجوع فاحتمال الرجوع بشبهة الشبهة وان شهد وا انه زنى بامراة لا يعرفونها لم يجد لان الظاهر انها امراته او امته فلو قال المشهود عليه المراة التي رايتموها معي ليست زوجتي ولا امتي لم يجد ايضا لان الشهادة وقعت غير موجبة للحد وهذا اللفظ منه ليس باقرار موجبا للحد فلا يحد واما ما قيل ولو كان اقرارا فمرة لا يقام الحد لتقضي انه لو قال اربعا حد وليس كذلك وان اقر انه زنى بامراة لا يعرفها حد لانه شبهة عليه امراته فان قيل قد تشتبه عليه بان لم تعرف

الى

اليه قلنا الانسان كاذب على نفسه كاذب لا يقر على نفسه حال الاشتباه فلما اقر بالزنا كان دفع علمه انها اشتبهت عليه بزوجته التي لم تعرف وصار معنى قوله لم اعرفها اي باسمها ونسبها ولكن علمت انها اجنبية فكان هذا كالمنصوص عليه بخلاف الشاهد فانه يجوز ان يشهد على من شبه عليه فكان قوله لا اعرفها ليس موجبا للحد **قوله** وان شهد اثنان حاصله انه شهد اربعة على رجل انه زنى بثلاثة لا ان رجلين قالا استكرهها واخرين قالا طاوعته فعند ابي حنيفة يجد ويرد الحد عنها وهو قول زفر والايمة الثلاثة وقالا يجد الرجل خاصة لاتفاقهم اي الشهود الاربعة على الموجب للحد عليه كذا في بعض النسخ وهو الاحسن وفي غيرها لاتفاقهما اي الفريقين وعليه قوله وتفرد احدهما بزيادة جناية اي تفرد احد الفريقين بزيادة جناية منه هي الاكراه وهذا يوجب التخفيف عنه بخلاف جانبها لانطواعها مشترط وجوب الحد عليها ولم يثبت اذ قد اختلفوا فيه وتعارضوا فعدم الوجوب عليها لمعنى غير مشترك فلا يسقطه عنه كالمرتد بصغيرة مشتركة او مجنونة وابو حنيفة انه اختلف الشهود عليه فزره في الزنا به على الظاهر فقال اختلف المشهود عليه فان المشهود عليه اثنان على تقدير وهو ما اذا كانت طايعة لان الفعل اي الزنا يكون مشتركا بينهما وكل منهما مباشر له فكان مشهودا عليها فيجب الحدان وواحد على تقدير وهو ما اذا كانت مكرهة فان الرجل هو المنفرد بالفعل فيجب حد واحد فكان المشهود عليه واحدا لا الا ان الاكراه يخدج المراة من ان يكون فاعلة للزنى حكما ولهذا لا يأثم بالتمكين مكرهة فاختلاف الفعل المشهود به اورث اختلافا في المشهود عليه واختلاف الفعل من قوي الشبه انتهى ولا يخفى ان المؤثر في اسقاطه عن الرجل ليس الا اختلاف الفعل المشهود به فانه هو المستقل بذلك فكونه يستلزم الشهادة على اثنين او واحد لا يؤثر في الحكم بان حاصل ذلك ان الرجل مشهود عليه بنصاب الشهادة على كل حال وهو الموجب لحده عندهما والزيادة لا يرى حنيفة في ايراد هذا الكلام بل الذي يفيده اختلاف الفعل المشهود به فاشتغاله بزيادة كلام لا اثر له وايضا في المقصود فايدة بعيدة وكونه على تقدير اخر مشهودا عليها معه والغرض ان ذاك التقدير وهو طواعيتها غير ثابت فانما هو امر مفروض فرضا لا فايدة فيه اصلا وكذا احمال شارح لفظة عليه على ما به وعليه اقتصر في الكافي فقال وله ان المشهود به اختلف وليس على احدهما اي على احد الوجهين اللذين بهما اختلف نصاب الشهادة فلا يجب شي وهذا لان الزنا فعل واحد يقوم بهما وقد اختلف في جانبها فيكون مختلفا في جانبه مدروء يعني ان الزنا طايعة غير الزنى بمكرهة وشهادتهم بزناد خل في الوجود والشاهدان بزناه طايعا ينفيان زناه بمكرهة والاخران ينفيان زناه طايعة فلم تتحقق على خصوص الزنا المتحقق في الخارج شهادة اربعة وقول المصنف يقوم بها لا يريد قيام العرض بعد فرعرضه واحد بالشخص بل انه تحقق بتمامه اي وجوده بها **قوله** ولان شاهدي الطواعية لما اندرا الحد عنها صارا قاذفين لها بالزنا فصار الخصمين لها واحدا شهادة للخصم وكان مقتضاه ان يجد احد القذف لكن سقط بشهادة الاخرين بزناها مكرهة فان الزنا مكرها يسقط الاحصان في حد القذف والاحصان يثبت بشهادة اثنين فانما سقطت شهادتها حيث سقطت في حقه بناء على اتحاد الفعل وصار على زناه شاهدان فلا يجد وهذا الاعتذار في سقوط حد القذف عتاج اليه عند من لم يذكر في جامع شمس الايمة حيث قال لم يجب حد القذف على الشهود عند ابي حنيفة لانهم لم ينفوا عليها النسبة الى الزنا بلفظة الشهادة وذلك يخرج لهم من كونه قذفا كما في المسئلة التي تلي هذه واما عندهما فلان شاهدي الطواعية صارا قاذفين لها لكن شاهدي الاكراه اسقطا الاخرا ذكره **قوله** وان شهد اثنان اي شهد اربعة على رجل بالزنا اثنان منهم شهدا انه زنا بها بالكوفة والاخران شهدا انه زنا بها بالبصرة دون الحد عنهما جميعا لان المشهود به فعل الزنا وقد اختلف باختلاف المكان لان الزنا بالكوفة ليس هو الزنا بالبصرة ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة وهو شهادة اربعة ولا يجد المشهود للقذف وفيه خلاف زفر فعنده يحدون للقذف وهو قول الشافعي لان العدد لما لم يتكامل بجل زنى صاروا قذفه كما لو كان الملاعنة شهد وابه فانهم يجدون قلنا ملاعنهم وقع شهادة لوجود شرايطها من الاصلية ولفظ الشهادة وتم العدد في حق المشهود عليه فان شبهة الاتحاد في شبهة الزنا لامراة واحدة وصيغة الشهادة ثابتة وبذلك

حصل شبهة اتحاد الزنا المشهود به فيندرء الحد عنهم والحاصل ان في الزنا شبهة اوجبت الدرء عن المشهود عليه وفي شبهة القذف اوجبت الدرء عن الشهود قال قاضي خان وكلامنا اظهر لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم والمراة معناه ان يشهد كل اثنين على الزنا في بيت واحد حد الرجل دون المراة ومع

شئ وقال الشافعي ومالك واحمد الارش والدية على الحاكم قوله لما ان الواجب مطلق الضرب اذا الاحتراز
عن الجرح جارح عن الوسع فينتظم الجارح وغيره فيضاف الجرح والموت الى شهادتهم فصاروا كالمباشرين
لما اوجبوه بشهادتهم فرجوعهم اعتراف بانهم جناة في شهادتهم كمن ضرب شخصا بسوط فجرحه اومات
وكشهود القصاص والقطع اذا رجعوا هذا اذا رجعوا واما اذا لم يرجعوا بل ظهر بعضهم عبدا او محدودا الى اخره
وهو ما اراد بقوله وعند عدم الرجوع لم يكونوا معترفين بجنايتهم فجب على بيت المال لانه ينتقل فعل الجلاد
الى القاضي لانه الامر له وفعل المامور ينتقل اليه الامر عند صحة الامر فكانه ضرب بنفسه فتوجه خطاؤه
وفيه يكون الضمان في بيت المال لانه عامل للمسلمين لا لنفسه فتجب الغرامة التي كفته بسبب عمله لم يجف
مالم وصار الجرح والموت من المجلد كالرجم والقصاص اذا قضى به فان الضمان عند ظهور الشهود محدودين
او عبيدا يجب في بيت المال اتفاقا قوله وفي ابي حنيفة ان الواجب بشهادتهم هو الحد وهو ضرب مولم غير جارح ولا
مهلك فيقتضي هذا منع قوله الواجب مطلق الضرب وقوله في اثباته ان الاحتراز عن الجارح خارج عن الوسع
ممنوع بل ممكن غير عسر فيكفيا ولا يتبع جارحا الا لحرق الضارب وقلة هدايته وتركه احتياطه فافتقر عليه فلم يعد
الى الشهود ولا القاضي بخلاف الرجم فانه مضاف الى فعل القاضي لانه فعل ابتداء ظهر خطاؤه ومصطحبه علة
للغرامة فيكون موجب ضرر خطاياه عليهم في مالهم لان الغرم بالغنم اما الجلد الجارح فلم يقض به فلا يلزمه
ليكون في بيت المال بل يتعذر على الجلاد الا انه لا يجب عليه الضمان في الصحيح لانه لم يتعمده فلو ضمناه لامتنع الناس
من الامامة مخافة الغرامة واذا لم تجب الغرامة عليه ولا على الشهود ولا القاضي لتثبت في بيت المال لم يجب
اصلا وهو المطلوب وقوله في الصحيح احتراز عن قول فخر الاسلام في مبسوطه لو قال قابل يجب الضمان
على الجلاد فله وجه لانه ليس مامورا بهذا الوجه بل بضرب مولم لا جارح ولا كاسر والقابل فاذا وجد فعله
على هذا الوجه رجع تعديا فيجب عليه الضمان وهذا وجه من وجهه احترازا عن حجاب القياس وانما يقال ذلك
لضرورة عدم الخلاف في الواقع قوله وان شهد اربعة على شهادة اربعة على رجل بالزنا لم يحد لما ذكرنا في
الشهادة التي هي الشهادة على شهادة زيادة شبهة لتحقق فيهم ضعين في تحمل الاصول وفي نقل الفروع وهو قول
مالك واحمد والاصح من مذهب الشافعي انه يحد بها اذا تكاملت شروطها ونحن بينا زيادة الشبهة وهي وان لم
تمنع في الشرع ان الشرع اعتبر الشهادة على الشهادة والزم القضاء بوجبها في المال لكنها ضعيفة بما ذكرنا
ويلزم من اعتبارها في الجملة اعتبارها في كل موضع كشهادة النساء معتبرة صحيحة لذلك وليست معتبرة
في الحدود لزيادة شبهة فيها فعلم ان الشهادة مع زيادتها مثل ذلك الشبهة معتبرة الا في الحدود وسببه
انه يحتاط في درء الحدود ما امكن لان الاحتياط ورد ما امكن كذلك من الشهادة كما ردت شهادة النساء فيها وكما لم تعد
واعتبار البدل في موضع احتياط في اثباته لا في احتياط في ابطاله فان جاء الاولون يعني الاصول فشهدوا
بالمعاينة بنفس ما شهد به الفروع من الزنا فعنه لا تقبل ايضا لان شهادة هؤلاء الاصول قد ردها الشرع
من وجه بردة الفروع في عين الحادثة التي شهد بها الاصول اذ هم قايمون مقامهم فصار شبهة في درء
الحد عن المشهود عليه بالزنا ثم لا يحد الشهود الاصول ولا الفروع لان عددهم متكامل فلم تكن شهادتهم
قذفا عنيرا انه امتنع الحد عن المشهود عليه لنوع شبهة وهي ما فيه لدرء الحد لا لايجابه فلا يوجب حد
القذف على الشهود قوله واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فرجم حاصل وجوه رجوع واحد ثلثة اما
قبل القضاء او بعده قبل الامضاء او بعده ذكرها المصنف كلها فذكر اولا اما اذا رجع واحد من الاربعة بعد
الامضاء وهو الرجم مثلا وان حكمه انه وجده بقدر ربع الدية اما غرامة ربع الدية فلانه بقي من بقي شهادته
ثلثة ارباعا فيلزمون الثلاث بشهادة الراجع ربعا لاتلافه بها ربع النفس حكما فيضمن بذلك الربع وقال
الشافعي يجب القتل لان المال بدل عن اصله في شهود القصاص انهم اذا رجعوا يقتلون قال المصنف رحمه الله
وسنبينه في الديات قبل وقت الحوالة عنيرا بحجة لانه لم يذكر فيه واما حد الراجع وحده فذهب علماءنا
الثلاثة بحذ وقال زفر لا يحد لانه ان كان قاذفا حي برجوعه فقد بطل بالموت لان حد القذف لا يورث

لان الغالب فيه حق الله فيورث بشبهة وان كان قاذفا ميت فهو مرجوح وحكمه يرجح بوجب شبهة
في احصانه وهذا لا يحد الباقون اجماعا قوله ولنا الى اخره حاصله اختيار الشق الثاني وهو انه قذف ميت
ثم نفي الشبهة الدارئة لحد القذف عنه اما انه قذف ميت فلان بالرجوع تنفسخ شهادته فتصير قذفا
للحال لانه بالرجوع تبين ان تلك الشهادة كانت قذفا من الاول لانها حين وقعت كانت معتبرة شهادة غير
ان بالرجوع تنفسخ فتصير قذفا للحال ثم على الطلاق ثم وجد الشرط بعد سنة فوقع بيع الان الا انه
يتبين انه وقع حين التكلم به وكذا اذا فسخ وارث المشتري البيع مع البايع بعد موت المشتري تثبت
به الملك في الحال للبايع بخلاف ما لو ظهر احدهم عبدا بعد الحد فانهم يحدون كلهم لانه ظهر ان الراجع وغيره
قذفه لان العبد لا شهادة له فكان عده الشهود ناقصا فيحدون واما لا يحدون بعد الرجم عند ظهورهم
عبدا لانه قذف حيا فمات واما ان كونه مرجوحا ليس شبهة في حقه وراية للحد عنه فلانه لما انفسخت بحجة
انفسخ ما بني عليها وهو القضاء برجمه في حقه بزعمه واعترافه فاذا انفسخ ثبت ان لا حق فكان ذلك في حق
الراجع خاصة فلم يكن حيث يوجب شبهة في حقه لان زعمه معتبر في حقه بخلاف غيره لانه لم ينفسخ في حق
غيره فلذا حد الراجع ولم يحد غيره لو قذفه لان القضاء لما كان قايما في حق الغير صار المرجوع غير محصن في حقه
ثم ذكر المصنف رجوع الواحد قبل الامضاء بعد القضاء فقال فان لم يحد الشهود عليه بالزنا حتى رجع واحد منهم اي بعد
القضاء قبل الامضاء حد واجميعا وقال محمد وزفر يحد الراجع وحده لان الشهادة ناكلت بالقضاء فلم تبق
طريق الى وقوعها قذفا فالرجوع بعد القضاء قبل الامضاء انما يوثر في فسخ القضاء في حقه خاصة كالرجوع بعد
الاستيفاء ولنا ان الامضاء اي استيفاء الحد من القضاء وقد بينا وجه بيان كون الامضاء من القضاء في حقوق الله تعالى
في مسئلة التعاقد وكان رجوعه قبل الامضاء كرجوعه قبل القضاء وتظهر ثمرة كون الامضاء من القضاء فيما اذا اعتر ض
اسباب الجرح في الشهود او سقوط احصان المقذوف او عزل القاضي يمنع استيفاء حد القذف وغيره
ثم ذكر رجوعه قبل القضاء فقال ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حد واجميعا وهو قول الايمة الثلاثة وقال زفر
يحد الراجع خاصة لان رجوعه عامل في حق نفسه دون غيره فبقي شهادتهم على ما هي عليه لانقلب قذفا ولنا ان
كلامهم قذف في الاصل وانما تصير شهادة باتصال القضاء به ولم يتصل به لان رجوعه منع من ذلك منع من ذلك
فبقي قذفا فيحدون والاولى ان يقال كلامهم قذف في الاصل وانما تصير شهادة ما دام بصفة ايجاب القضاء
على القاضي بالرجوع الذي فكان قذفا وهذا لان كونه لا يخرج عن القذف لولا الشهادة الا بانضمام تحقيق
القضاء ما يمنع اذا عرف هذا قلنا لو امتنع الرابع من الاداء حد الثلاثة ولا يكون ذلك سكوت للرابع بل
بنسبة الثلثة اياه الى الزنا فوق فكذا اذا رجع احدهم يحد ثلاثتهم بقولهم زنى قوله وان كانوا خمسة عطف
على اول المسئلة ولو شهد اربعة فرجع احدهم اي بعد الرجم لا شئ عليه لاحد ولا غرامة لانه بقي بعد رجوعه
من بقي بشهادته كل الحق وهو شهادة للاربعة وهو قول الايمة سوى قول الشافعي في غير الاصح عنده
وان رجع احدهم مع الاول حد كل منهما وغرما ربع الدية وللشافعي تفصيل وهو انهما ان قالا اخطانا وجب عليهما
قسطهما من الدية وفيه وجهان في وجه حسبناهما وفي وجه ربعها كقولنا ولو قالا تعمدنا الكذب يقتلان اما
الحد فلما ذكرنا يعني من ان الشهادة تنقلب قذفا للحال فعليهما الحد يعني عند رجوع الثاني تنفسخ شهادتهما
قذفا لعدم تمام الحجة بعد رجوع الثاني الا ان رجوع الثاني هو الموجب للحد واما الغرامة فلانه بقي
من بقي بشهادته ثلثة ارباع الحق والمعتبر في قدر لزوم الغرامة بقاء من رجع عما رجع عما عرف
قوله وان شهد اربعة على رجل بالزنا وزكوا ثم ان قال المزكون هم احرار مسلمون عدول اما لو اقتصروا على
قولهم عدول فلاحتمال على المزكين بالنفاق اذا ظهروا عبيدا فاذا زكوا خاطئا فرجم ثم ظهر بعضهم كافرا او عبدا
فاما ان يسمي المزكون على تزكيتهم قايلين هم احرار مسلمون ولا تعلم عليهم النفاق ومعناه بعد ظهور كفرهم
بانهم كانوا مسلمين وان ظهر كفرهم وان قالوا اخطانا في ذلك فكذلك لا يضمنون بالاتفاق فلم تبق لصورة الرجوع
التي فيها الخلاف الا ان يقولوا تعمدنا فقتلنا هم احرار مسلمون مع علمنا بخلاف ذلك منهم ففي هذه الصورة قال

ابو حنيفة رحمه الله الدية على المزكين وقال ابو يوسف ومحمد على بيت المال وهو قول الائمة الثلاثة اذا عرف هذا فقول المصنف وقيل هذا اذا رجعوا بعد التزكية مع علمنا بحال ليس على ما ينبغي بعد قوله اذا رجعوا عن التزكية لانه يوهم ان في صورة الرجوع الخلافية قولين ان يرجعوا بهذا الوجه او بانهم منه وليس كذلك لما انهم لو ضمنوا لكان ضمان عمد وان وهو بالمباشرة او التسبيب وعدم المباشرة ظاهر وكذا التسبب لان سبب الاتلاف الزنا وهم لم يثبتوه وانما اثبتوا الشهود خيرا فصار كما لو اثبتوا على المشهود عليه الاحصان فكما لا يضمن شهود الاحصان حد رجم المشهود عليه به اذا ظهر عبدا او غير محصن لانهم لم يثبتوا السبب كذلك لا يضمن المزكون ولابي حنيفة ان الشهادة بالزنا انما تصير حجة موجبة للحكم بالرجم على الحاكم بالتزكية فكانت التزكية في معنى علة الاتلاف لانها موجبة موجبية الشهادة للحكم به وعلة العلة كالعلة في اضافة الحكم اليها على ما عرف بخلاف الاحصان فانه ليس موجبا للعقوبة ولا للتغليظ بل الزنا هو الموجب فعند الاحصان يوجبها مغلظة لانه كفران نعمة الله فلم تضف العقوبة الى نفس الاحصان الذي هو النعمة بل الى كفران النعمة وكان الشهادة به شهادة بثبوت علامة على استحقاق تغليظ العقوبة والسبب وضع الكفران في موضع الشكر ثم افاد المصنف انه لا يشترط في التزكية لفظة الشهادة لمن قال نشهد انهم احرار الى آخره بل ذلك او الاخبار كان يقولوا انهم احرار وكذا لا يشترط مجلس القضاء فلو قام لا يشترط العدد في المزكي عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد فيشترط الاثنين في سائر الحقوق والاربعة في الزنا ويجوز شهادة رجل وامرأتين في الاحصان ثم لا يجد الشهود حد القذف لانهم قد فواحيا فمات او ابوث استحقاق حد القذف واعلم انه وقع في المنظومة قوله على المزكين ضمان من رجم ان ظهرا ان هد عبدا وعلم او وجبا ضمان هذا المتلف من بيت المال المسلمين فاعرف وفي المزكين اذا هم رجعوا كذا وقالوا عزروا واوجعوا وفي المختلف ما يوافق ما في المنظومة لانه قال بعد ذكر الخلاف مطلقا عن قبل الرجوع وعلى هذا الخلاف اذا رجع المزكون قال في المصفى شرح المنظومة وهنا اشكال قابل فانا ان اولنا المسئلة بالرجوع يلزم التكرار وان لم نأولها بالرجوع يلزم المخالفة بين الروايتين فيحتمل ان يكون في المسئلة روايتان ويدل عليه انه ذكر فخر الاسلام في الجامع الصغير مطلقا كما ذكرهنا وفي الشرح خلافه ثم قال ويحتمل ان يؤول بالرجوع ولا يلزم التكرار لان المسئلة الاولى فيما اذا ظهر الشهود عبيدا او رجعوا المزكون ايضا والمسئلة الثانية يعني التي في البيت الثالث فيما اذا رجع المزكون فحسب والشهادة ظاهر انتهى وعلى هذا فالخلاف في موضعين ما اذا ظهروا عبيد او رجعوا وما اذا رجعوا فقط واما التعزير بهم فاتفاق وقول صاحب الجمع ولو شهد واقروا رجم ثم ظهروا لواحد منهم عبدا فالضمان على المزكين ان تعمدوا وقالا في بيت المال ولو رجع المزكون عمدوا لا يعيد تحقق الخلاف في الضمان في محمد رجوعهم بل افاد مجرد الاتفاق على التعزير فالاشكال قائم على صاحب المنظومة على ما مشى هو عليه وحاصل الجمع اشتراط الرجوع مع الظهور لتحقق الخلاف فلا ينفرد الظهور ربما يضمن الخلاف في الاتفاق انه في بيت المال كما سيذكره وينفرد رجوع المزكين ربما يضمن المختلف فيه اهو عليهم او على بيت المال وبه يزول الاشكال عنه غير ان من العجب كون مجرد رجوع المزكين موجب للضمان على الخلاف ولا يذكرون في الاصول كالجامع والاصل **قوله** واذا شهد اربعة على رجل بالزنى فامر القاضي برجمه الى آخره استوفى افعالها في الكافي حافظ الدين فقال ان شهد اربعة على رجل بالزنى فامر الامام برجمه فقتله رجل عمدا او خطأ بعد الشهادة قبل التعديل يجب القود وفي العمد والدية في الخطأ على عاقلته وكذا اذا قتله بعد التزكية قبل القضاء بالرجم وان قضى برجمه فقتله رجل عمدا او خطأ لا شئ عليه وان قتله عمدا بعد القضاء وحد الشهود وعبيدا او كفارا ومحدودين في قذف فالقياس ان يجب القصاص لانه قتل نفسا محقونة الدم عمدا لكنه لما ظهر ان الشهود عبيد تبين ان القضاء لم يصح ولم يصر مباح الدم وقد قتله بفعل لم يؤمر به اذ المأمور به الرجم وهو قد حز رقبته فلم يوافق امر القاضي ليصير فعله مستوفيا له بقي متصورا عليه وفي الاستحسان يجب الدية كان قضاء القاضي بالرجم نفذ من حيث الظاهر وحين قتله كان القضاء صحيحا فاورث شبهة الاباحة

وهذا

وهذا لانه لو نفذ ظاهرا وباطنا ثبتت حقيقة الاباحة فاذا نفذ من وجه دون وجه ثبت شبهة الاباحة بخلاف ما لو قتله قبل القضاء لان الشهادة لم تصر حجة يعني فتنقض منه في الحكم فصار كمن قتل انسانا على ظن انه حربي وعليه علامتهم ثم ظهر انه مسلم وعليه الدية في ماله لانه عمد والعاقلة لا تعقل العمد ويجب في ثلاث سنين لانه وجب بنفس القتل وما يجب بنفس القتل يجب موجلا كالدية بخلاف ما وجب بالصلح عن العمد حيث يجب حالا لانه مال وجب بالعقد لا بنفس القتل فاشبه الثمن وما في الكتاب لا يخفى بعده فلك وقوله وان رجم ضبطه الاسانذة بالبناء للفاعل ليرجع ضميره الى الرجل في قوله فضرب رجل عنقه وبطابق قول السرخسي في المبسوط ما في مبسوط شمس الائمة حيث قال فيه وان كان هذا الرجل قتله رجما ثم وجد واعبدا وجب الدية في بيت المال لما ذكرنا يعني في مسئلة الجلاد اذا جرح من قوله ينتقل فعل الجلاد الى القاضي وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة في مالهم كذا هذا الى الرجل القاتل بالرجم بعد امر القاضي بخلاف ما اذا ضرب عنقه ثم ظهر واعبيدا وجب الدية في ماله كما ذكرنا لانه لم يأتمر امره فلم ينتقل فعله اليه كما ذكرناه آنفا ولهذا يؤدب به على القتل بالسيف فلا يؤدب به هنا لانه لم يخالف **قوله** واذا شهد واعلى رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر الى فرجه فقبلت شهادتهم وبه قال الشافعي في المنصوص ومالك واحمد لانه لضرورة ثبوت الغيرة على اقامة الحسبة والنظر الى العورة عند الحاجة لا يوجب شيأ كنظر القابلة والحاقنة والختان والطبيب وعدنا في الخلاصة مواضع حل النظر الى العورة للضرورة فراد الاطباء والبيطار في البهيمة والرد بالعيب والمرأة في حق المرأة اولى وان لم تؤجر ستر ما وراء موضع الضرورة بخلاف ما لو قال تعمدنا النظر للتلذذ لا تقبل اجماعا ونسب الى بعض العلماء انه لا يقبل شهادتهم الا اذا لم يثبتوا كيفية النظر فيحتمل انه وقع اتفاقا لا قصدا وقلنا النظر يباح للحاجة على ما قلنا **قوله** واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فانكر الاحصان وله امرأة قد ولدت منه فانه يرجم قال المصنف معناه ان ينكر الدخول بعد وجوب سائر الشرائط اي شرائط الاحصان لان الحكم شرعا بثبوت النسب منه حكم بالدخول اي يستلزم ذلك وكذا لو طلقها طلقة تعقب الرجعة ولو كانت غير مدخول بها بانت بالواحدة الصريحة والعرض انها تقر بالولد ولو ثبت الدخول شهادة شاهدين ثبت الاحصان فاذا ثبت بشهادة الشرع فانكاره اولى على لون المعنى ما ذكر المصنف من ان العرض وجود سائر شرائط الاحصان يدخل فيه ان بينهما نكاحا صحيحا فانا من الائمة الشافعي ومالك واحمد منه انه لا يثبت بذلك للاحتمال كونه من دخول لا على وجه الصحة ليس بخلاف لان عرض انا امرأته لا يكون من وطئ بشبهة لغير المنكوحة ولا من نكاح فاسد لان النكاح الفاسد لا يستمر ظاهرا مولدا على وجه الديمومة والاستمرار كما يفيده قوله وله امرأة **قوله** فانكر لم يكن ولدت له وشهد عليه الخ المفهوم من هذا ان الاحصان يثبت بشهادة النساء مع الرجال خلافا لزفر والشافعي ومالك واحمد الا ان المبنى مختلف فعندهم شهادتهن في غير الاموال لا يقبل وعندنا فرق قبلت الا انه يتوقف الاحصان شرط في معنى العلة والشان في اثبات انه في معنى العلة ونفيه لانه المدار فقال لان تغليظ العقوبة يثبت عنده خلافا لشرط المحض فاشبهت حقيقة العلة فلا يقبل شهادة النساء فيه احتيالا للدرء وصار كما اذا شهد ذميان على ذمي زنى بذمية مسلمة وهو محصن انه اعتقه قبل زناه لا يقبل مع ان شهادة اهل الذمة على الذمي بالعتق يقبله في غير هذه الحالة لما ذكرنا من انه شرط في معنى العلة فصار كشهادتهم على زناه اذا كان المقصود تكميل العقوبة ولزم من اصله هذا وهو انه شرط في معنى العلة انه اذا رجع شهود الاحصان يضمنون عنده وعندنا لا يضمنون اذا كان علامة محضة ولنا في نفي انه في معنى العلة ان الاحصان ليس الا عبارة عن خصال حميدة بعضها غير داخل تحت قدرته كالحرية والعقل وبعضها فرض عليه كالاسلام وبعضها مندوب اليه كالنكاح الصحيح والدخول فيه فلا يتصور كونها سببا للعقوبة ولا سببا لسببه فان سبب المعصية والاحصان بحسب الوضع مانع من سبب العقوبة لانه سبب بضد سببها وهو الطاعة والشكر فيستحيل ان تكون في معنى علة الحكم وهو مانع لسببه فالسبب ليس الا الزنى الا انه يختلف الحكم فيه حال الاحصان حكم الرجم وفي غيره الجلد فكان الاحصان السابق على الزنا معرفا لخصوص الحكم الثابت بالزنا

او خصوص العقوبة والعلامة المحضة قط والعلامة المحضة قط لا يكون لها اثر فلا تكون علة وايضا في معناها فكيف يضاف الحكم اليها وظهر ان الواقع ان الاحصان يثبت وجه بالزنا عقوبة غليظة وبالشهادة يظهر ما ثبت بالزنى عند الحاكم فلما لم يكن سببا للعقوبة والعلة جاز ان يدخل في اثباته شهادة النساء لو شهدن ناسخ الرجل بالنكاح في غير هذه الحالة والدخول في عرض اخر لتكميل المهر حتى يثبت احصانه ثم اتفقوا ان شهد عليه بالزنا الميس انه يرجم كذا اذا شهدت بعد ظهور الزنا به فكما ثبت قبله لعدم كونه سببا كذا بعده وصار كما لو علق عتق عبده بظهور دين لفلان عليه فشهد اثنان بالدين عتق العبد ولا يضاف العتق الى الشهادة بالدين بل الى المعلق كذا هذا الا يضاف الرجم بعد الشهادة بالاحصان الى هذه الشهادة بل الى الزنا خلافا لما ذكروا ان العتق يثبت بشهادة الرضيع على الدعي لشهادتها عليه بالاعتاق وانما لا يعتق لسبق التاريخ لانه يكره العبد المسلم اذ يتضرر به فلا يفيد شهادتها عليه لانه تتغلظ العقوبة عليه فتصير مائة بعد ان كانت خمسين واستشكل كونه ليس في معنى العلة للحد بانه لو اقر بالاحصان ثم رجع عنه صح رجوعه كالزنا ولذا يقبل بينة الاحصان حسبة بلا دعوى فيجب ان يشترط في الشهادة به الذكورة كالتزكية عند ابي حنيفة اجيب بان صحة الرجوع لا يتوقف على كون المقربه علة للعقوبة بل على كون المقربه مكذبا له في سبب الحد بخلاف الاقرار بالدين فان المقر له يكذبه في رجوعه وانما صحت الحسبة فيه لانه من اظهار حق الله والمانع من شهادة النساء ليس هذا القدر بل كونه سببا لاصل العقوبة فحين ثبتت العقوبة بشهادة الرجال بسببها كان كالشهادة على عتق الامة لا تسمع بلا دعوى عند ابي حنيفة لتضمنه تحريم الفروج **فروع** من المبسوط شهد اربعة على رجل بالزنا فانكر الاحصان فشهد رجلان انه تزوج امراة نكاحا صحيحا ودخل بها ثبت الاحصان فيرجم وعند محمد لا يثبت ولا يرجم كما لو شهد انه قربها او اتاها فليس بصريح وهذا لان الدخول يراد به الجماع ويراد الخلوة واثبت الاحصان بالشك ولنا ان الدخول يراد به الجماع عرفا مستمرا حتى صار متبادرا مع النكاح والتزوج والنساء قال الله تعالى من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فلا اجمال فيه عرفا فكانت شهادتهم على الجماع ولو شهد اربعة على الزنا بفلانة واربعة غيرهم شهدوا بها مع امراة اخرى فرجم فرجع الفريقان ضمنوا دية احداهما وحدوا للقذف عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد لا يحدون الا ان رجوع كل فريق معتبر في حقهم لا في حق غيرهم فصار في حق كل فريق كان الفريق الاخر ثابت على الشهادة ولهما ان كل فريق اقر على نفسه بالتزام حد القذف لان كل فريق يقول انه عفيف قبل الرمي وانهم قذفوه بغير حق ولو شهد اربعة على رجل بالزنا فاقر مرة به حد عند محمد لان البينة وقعت معتبرة فلا يبطل الا باقرار معتبر والاقرار مرة هنا كالعدم وعند ابي حنيفة وابي يوسف لا يحد وهو الاصح لان شرط قبول البينة انكار الخصم وهو مقر وحكم لا قراره فبطل الحد وكان الاقرار دون ان فسر حكما فصورته قاضية فيورث شبهة **باب حد الشرب**

قدم حد الزنا عليه لان سببه اعظم جرما ولذا كان حده اشد واخر عنه حد القذف للتبعية سببه بخلاف حد القذف لان سببه وهو القذف قد يكون صدقا واخر حد السرقة وان كان اشد لان شرعيته لصيانة اموال الناس وصيانة الانساب والعقل اكد من صيانة الحال حتى انه اخره عن حد القذف لان المال يدون العرض فانه جعل وقاية للنفس عن كل ما تكره **قوله** ومن شرب الخمر فاحدوا الى الحاكم وايجاد موجود وهو غير سكران منها وليعرف كونه سكران بطريق الدلالة او سكران اي جاءوا به اليه سكران من غير الخمر من النبيذ فشهد الشهود عليه بذلك اي بالشرب في الاول وهو عدم السكر منها وفي الثاني وهو السكر من غيرها فانه يجد والشهادة بكل منهما مقبولة بوجود الرائحة فلا بد مع شهادتها بالشرب ان يثبت عند الحاكم ان الزمن قائم حال الشهادة وهو بان يشهد به وبالشرب او يشهد به فقط فيامر القاضي باستنكاهه فيستنكهه ويخبره بان ريحها موجود واما اذا جاءوا به من بعيد فان الرائحة فلا بد ان يشهدوا بالشرب ويقولوا اخذناه وريحها موجود كان محتمل ان يكون قد شربها من مكان بعيد لا يستلزم كونهم اخذوه في حال قيام الرائحة فيحتاجون الى ذكر ذلك للحاكم خصوصا بعد ما علمنا كونه

سكران

سكرا من غير الخمر فان ريح الخمر لا توجد من السكران من غيرها ولكن المراد هذا لان الحد لا يجب عند ابي حنيفة وابي يوسف بالشهادة مع عدم الرائحة فالمراد في الثاني ان يشهد وا بانه سكران من غيرها مع وجود رائحة ذلك السكر الذي هو غير الخمر ولذلك عليه الحد اذا اقر وريحه موجود لان جناية الشرب قد ظهرت بالبينة والاقرار ولم يتقادم العهد والاصل في ثبوت حد الشرب قوله صلى الله عليه وسلم من شرب الخمر فاجلدوه ثم ان شرب فاجلدوه الى ان قال فان عاد الرابعة فاقتلوه اخرجه اصحاب السنن الا النسائي من حديث معاوية وروي من حديث ابي هريرة اذا سكر فاجلدوه ثم ان سكر الى اخره قال الترمذي سمعت محمد بن اسمعيل يقول حديث ابي صالح عن معاوية اصح من حديث ابي صالح عن ابي هريرة وصححه الذهبي ورواه الحاكم في المستدرك وابن حبان في صحيحه والنسائي في سننه الكبرى ثم ان النسخ القتل احدج النسائي في سننه الكبرى عن محمد بن اسحق عن محمد ابن المنكدر عن جابر مرفوعا من شرب الخمر فاجلدوه الخ الى اخره قال ثم اتي النبي صلى الله عليه وسلم برجل قد شرب الخمر في الرابعة فجلده ولم يقتله وزاد في لفظ فراى المسلمون ان الحد قد وقع وان القتل قد ارتفع رواه البزار في مسنده وعن ابي اسحق به انه عليه الصلاة والسلام اتي بالنعمان قد شرب الخمر ثلثا فامر به فضرب فلما كان في الرابعة امر به فجلد الحد فكان نسخا وروى ابو داود في سننه قال حدثنا احمد بن عبدة الضبي ثنا سفيان قال الزهري اخبرنا ابو قبيصة ابن ذويب ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد في الثالثة او الرابعة فاقتلوه فاتي برجل قد شرب فجلده ثم اتي به فجلده ثم اتي به فجلده ورفع القتل وكانت رخصة قال سفيان حدث الزهري بهذا الحديث وعنده منصور بن المعتمر بن راشد فقال لهما كونا واذري اهل العراق بهذا الحديث انتهى وقبيصة في صحبته خلاف واثبات النسخ بهذا احق مما اثبته به المصنف في كتاب الاشربة من قوله عليه السلام لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلاث الحديث فانه موقوف على ثبوت التاريخ نعم يمكن ان يوجه بالنسخ الاجتهادي اي تعارض في القتل فرجح الناسخ له فيلزم الحكم بنسخه فان هذا لازم في كل ترجيح عند التعارض **قوله** وان اقر بعد ذهاب رائحته لم يحد عند ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد يحد وكذلك اذا شهد واعلم بعد ما ذهب ريحها او ذهب السكر من غيرها لم يحد عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يحد لما تقادم لتقادم لم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق علم انه اي هذا التقادم مقدر بالزمان عند محمد اعتبارا بحد الزنا انه سنة اشهر او معوض الى راي القاضي ويشهد وهو المختار وهذا لان التاخير يتحقق بمضي الزمان بلا شك بخلاف الرائحة لانها قد تكون من غيره كما قيل، يقولون لي انكم شربتم مذامة، قلت لهم بل اكلت السعد جلا، وانكه يوزن امنع وتكه من يابه اي ظهر رائحة فمه وقال الاخر سعد جلة تحكي ثدي النواهد لها عرف ذي مسك وصفرة زاهد فظهران رائحة الخمر مما تلتبس بغيرها فلا يناط حتى من الاحكام بوجودها وابدا بها ولو سلمنا انها لا تلتبس على ذوي المعرفة فلا موجب لتقييد العمل بالبينة بوجودها لان العقول تعيد قبولها لعدم التهمة والتهمة لا تتحقق في الشهادة سبب وفوات بعد ذهاب الرائحة بل سبب تاخير الاداء تاخيرا بعيد تغير يطاد ذلك مختلف في تاخير يوم ونحوه وبه يذهب الرائحة اجاب المصنف وغيره بما حاصله ان اشتراط الرائحة لقبول الشهادة عرف من قول ابن مسعود وهو ما روى عبد الرزاق ثنا سفيان الثوري عن يحيى ابن عبد الله النيمي اخبرا بريد عن ابي ما جد الحنفي قال جاء رجل بابن اخ له سكران الى عبد الله بن مسعود فقال عبد الله شر ثيره ومزمزوه واستنكهوه فتعلوا فرفعوه الى السجن ثم عاد به من الغد وعاسوط ثم امر به فدرئت ثمرته بين حجرين حتى صارت درة ثم قال للجلاد اجلد واوجع يديك وارفع عضديك ومن طريق عبد الرزاق رواه الطبراني ورواه اسحق بن راهويه اخبرنا جرير ابن عبد الحميد عن يحيى ابن عبد الله الجابر به ودفع بانه محل النزاع لان الشهادة لا يعجل بها الا مع قيام الرائحة والحديث المذكور عن ابن مسعود ليس فيه شهادة منع من العمل بها لعدم الرائحة وقت الاداء انما فيه انه حده بظهور الرائحة بالتنزه والمزمزة التحريك بعنف والتنزه والتغلغله التحريك وهما بين مشتين من فوق قال ذو الرمة يصف بعيرا يعير مساف

المطوعوح شرود ل تقطع انفاس المهاري ثلاثة اي حركاته والمساف جمع مسافه والعوج بالعين المعجمة
الواسع الصدر ومعنى تقطع ثلاثة انفاس المهاري انه اذا اراد اهانه في السير اظهر فيه انفاسا الضيق والتتابع
بجهدها وانما فعلة لان بالتحريك يظهر الرائحة من المعدة التي كانت خفيت وكان ذلك مذهبه ويدل عليه
ما في الصحيحين عن ابن مسعود انه قرا سورة يوسف فقال رجل ما هكذا انزلت فقال عبد الله والله لقد قرأتها
على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال احسنت فسكتنا هو يكله اذ وجد منه رائحة الخمر فقال اتشرب الخمر وتكذب
بالكتاب فضربه الحد واخرج الدارقطني بسند صحيح عن السايب ابن يزيد عن عمر ابن الخطاب انه ضرب رجلا
وجد منه ريح الخمر وفي لفظ ريح شراب والحاصل ان حده عند وجود الريح مع عدم البينة والاقرار يستلزم
اشتراط الرائحة مع احدهما ثم هو مذهب لبعض العلماء منهم مالك وقول للشافعي ورواية عن احمد والاصح عن
الشافعي واكثر اهل العلم ما نفيه وما ذكرناه عن عمر يعارض ما ذكر عنه انه عزر من وجد منه الرائحة ويترجح انه
اصح وان قال ابن المنذر ثبت عن عمر انه جلد من وجد منه ريح الخمر الحد ناما وقد استبعد بعض اهل العلم حديث
ابن مسعود من جهة المعنى وهو ان الاصل في الحدود اذا جاءت مقررا ان يرد اويد واما استطيع فكيف يامر
ابن مسعود بالمزمزة عند عدم الرائحة ليظهر الريح فيحده فاذا صح فتاويله انه كان رجلا مولعا بالشراب مدمنا
عليه فاستجاز ذلك فيه واما قوله وكان الرائحة من اقوى دلالة على القرب واما مهال في العقد بربا الزمان عند
تعذر اعتبار القرب ثم اجاب عما يتوهم من ان الرائحة مشتبهة بقوله والتمييز بين الروايح يمكن للمستدل ان
يتشبث على الجهال فليس بمتمكن كونها دليلا على القرب لاستلزام انحصار القرب فيها لزوم من انتفائها ثبوت
البعد والتعاد وزمان القرب يتحقق بصور وكثيرة لا صورة واحدة عند قيام الرائحة لان ذلك غير المنازع فيه وهو
المانع فقوله بعده واما بصار لي التحديد بالزمان عند تعذر اعتباره ان اراد ان اعتبار القرب بالرائحة فهو محل
النزاع فقول محمد هو الصحيح قوله واما الاقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد كما في حد الزنا لا يبطل الاقرار بالتقادم
اتفاقا على ما مر تقريره من ان البطلان للتهمة والانسان لا يتهم على نفسه وعندهما يقام الحد على المقر بالشرب
الا اذا اقر عند قيام الريح لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة رضي الله عنهم واجماع الامراء كما بن مسعود
وقد شرط قيام الرائحة على ما ردينا معنى انه لم يقل بالحد الا اذا كان مع الرائحة قيئ اشفاه وغيرها بالاصل
لا ضمان الى لفظ الشرط واما اضافة ثبوته الى الاجماع بعد قوله والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام الى
اخره فقيل لانه من الاحاد وعمله لا يثبت الحد والاجماع قطعي ولا يخفى ان هذا مذهب الكرخي فاما قول الجصاص
وهو قول ابي يوسف فيثبت الحد بالاحاد بعد الصحة وقطعية الدلالة وهو المرجح فان كان المصنف يرى انه
لا يثبت به اشكل عليه جعله اياه اذ الاصل وان لم يره اشكل نسبة الاثبات الى الاجماع وان علم انه
انما الزم قيام ما عند الحد بلا اقرار وبينة كما هو ظاهر ما قدمناه فان ادعى ان ذلك كان مع اقراره فليس
في الرواية وفي نوادر ابن سماعة عن محمد قال هذا اعظم من القول ان يبطل الحد بالاقرار وانا اقيم عليه
الحد وان جا بعد اربعين عاما قوله فان اخذه الشهود وريحا توجد منه او سكران من غيرها وريح ذلك
الشراب يوجد منه وقد هبوا به الى مصر فيه الامام او سلطان بعيد فانقطع ذلك اي الريح قبل ان ينتهوا اليه
حد في قولهم جميعا لان التاخير لما انقطاعها لعذر بعد المسافة فلا يتهم في هذا التاخير والاصل ان قوما
شهدوا عند عثمان على عتبه بشرب الخمر وكان بالكوفة فحمله الى المدينة فاقام عليه الحد قوله ومن سكر
من النبيذ حد فالحد انما يتعلق في غير الخمر من الانبذة بالسكر وفي الخمر يشرب قطرة واحدة وعند الايمة
الثلاثة كل ما اسكر كثيره حرم قليله وحده لقوله عليه الصلاة والسلام كل مسكر خمر رواه مسلم فهذان مطلقان
ويستدلون تارة بالقياس وتارة بالسماع اما القياس فتارة بالاستدلال على ان اسم الخمر لغة لكل ما خامر
العقل وتارة بغير ذلك فمن الاول ما في الصحيحين من حديث ابن عمر نزل تحريم الخمر وهي من خمسة العنب
والعسل والحنطة والشعير وما في مسلم عنه عليه الصلاة والسلام كل مسلم خمر وكل مسكر حرام وفي رواية احمد
وابن حبان في صحيحه وعبد الرزاق وكل خمر حرام واما ما يقال ان ابن معين طعن في هذا الحديث فلم يوجد في شيء من

كتب الحديث وكيف له بذلك وقد روى الجماعة الا البخاري عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
الخمر من هاتين الشجرتين النخلة والعنبة وفي الصحيحين من حديث انس كنت ساقي القوم يوم حرمت الخمر وما
شرابهم الا الفضيخ البسر والتمر وفي صحيح البخاري قول عمر رضي الله عنه الخمر ما خامر العقل واذا ثبت عموم
الاسم ثبت تحريم هذه الاشربة بنص القران وجوب الحد بالحديث الموجب بثبوته في الخمر لانه سمي الخمر
لان هذه كلها محمولة على التشبيه بحذف اداته فكل مسكر خمر لزيد اسد اي في حكمه وكذا الخمر من هاتين
او من خمسة هو على الاوفق، يعني الحد حكم شرعي جاز تنزيل الامر لزاجر في الاستعمال ومثله كثير في الاستعارات اللغوية
والعرفية تقول السلطان هو فلان اذا كان فلان نافذ الكلمة عند السلطان ويقال بكلامه اي الخمر
لم يقتصر على تا العنب بل كل ما كان مثله من كذا وكذا فهو هو يراد لا الحكم ثم لا يلزم في التشبيه عموم
وجهه في كل صفة فلا يلزم من هذه الاحاديث ثبوت الحد بالاشربة التي هي غير الخمر بل يصح الحمل المذكور فيها
بثبوت حرمتها في الجملة ما قل منها وكثيرها المسكر منها ولون التشبيه خلاف الاصل يحب المصير اليه عند
الدليل عليه وهو ان الثابت في اللغة من تفسير الخمر بالتي من تا العنب اذا اشتد وهذا لا ريب فيه من تتبع
مواقع استعمالاتهم وان يطول الكلام باير اده ويدل على ان الحمل المذكور على الخمر بطريق التشبيه قول ابن عمر
رضي الله عنهما حرمت الخمر وما بالمدينة منها شيء اخرجه البخاري في الصحيح ومعلوم انه انما اراد ما العنب
لثبوت انه كان بالمدينة غيرها لما ثبت من قول انس وما شرابهم يومئذ الا يوم حرمت الا الفضيخ البسر
والتمر فعرف ان ما الحق هو وغيره منه الحمل لعينها على ما هو هو كان على وجه التشبيه واما الاستدلال
بغير عموم الاسم لغة فمن ذلك ما روى ابو داود والترمذي من حديث عائشة عنه عليه الصلاة والسلام
كل مسكر حرام وما اسكر الفرق فملء الكف منه حرام وفي لفظ للترمذي فالحسوة منه حرام قال الترمذي
حديث حسن ورواه ابن حبان في صحيحه واجود حديث في هذا الباب حديث سعد ابن ابي وقاص انه عليه
الصلاة والسلام نهى عن قليل ما اسكر كثيره اخرجه النسائي وابن حبان قال المنذري لا نعلم احدا
ابن عبد الله بن عمار الموصلي وهو لم يتفرد عن الوليد بن كثير وقد احتج به الشيخان عن الضحاك بن عثمان
وقد احتج به مسلم عن بكير ابن عبد الله بن الاشج عن عامر ابن سعد وقاص وقد احتج بهما الشيخان حيث كان بحوا بهم بعد
ثبوت هذا غير صحيح وكذا احتماله على ما به حصل السكر وهو القدح الاخير كان صريح هذه الروايات القليل
وما اسند الى ابن مسعود كل مسكر حرام فقال الشربة التي اسكرتك احرجه الدارقطني ضعيف فيه الحجاج بن
ارطاة وعمار ابن مطر قال وانما هو من قول ابراهيم يعني النخعي واسند الى ابن المبارك انه ذكر له حديث ابن
مسعود هذا فقال حديث باطل يعني انه لو حسن عارضه ما تقدم من المرفوعات الصريحة الصحيحة في تحريم
قليل ما اسكر كثيره ولو عارضه كان المحرم مقدما وما روي عن ابن عباس من قوله حرمت الخمر بعينها قليلها
وكثيرها والمسكر من كل شراب فانه لم يسلم فهو من طريق جبرة هي عن ابن عون عن ابن سيرين عن ابن
عباس حرمت الخمر بعينها والمسكر من كل شراب وفي لفظ وما اسكر من كل بتراب قال وهذا اولى بالصواب
من حديث ابن شبرمة فهذا انما فيه تحريم الشراب المسكر واذا كانت طريقه اولى وجب ان يكون هو المعتمد
ولفظ السكر تصحيف ثم لو ثبت ترجح المنع السابق عليه بل هذا الترجيح في حق ثبوت الحرمة وذا يستلزم
ثبوت الحرمة ثبوت الحد بالقليل الاسماع او بقياس يقيسونه عليه جامع كونه مسكرا والاصحابنا فيه منع لنا
خصوصا وعموما اما خصوصا فلمنعهم ان حرمة الخمر معللة بالاسكار وذكروا عنه عليه السلام حرمت الخمر
بعينها والسكر اخره وفيه ما علمت ثم قوله بعينها ليس معناه ان علة الحرمة عينها بل ان عينها حرمت ولذا
قال في الحديث قليلها وكثيرها والرواية المعروفة فيه بالباء لا باللام ولو كان كان المراد ما ذكرنا وهذا هو
مراد المصنف بما ذكرنا في الاشربة من ثبوت قليلها بالاسكار لانه لم يذكره الا لنفي ان حرمتها معللة بالاسكار يعني ان لو كانت
العلة الاسكار ولم تثبت تحريم حتى تثبت العلة وهي الاسكار او مظنته من الكثير لا ان حرمتها ليست معللة
اصلا بل هي معللة بانه رقيق يلذ مطرب يدعو قليله الى كثيره وان كان القدوري مصرا على منع التعليل

اصلا ونقض رحمه الله عن العلة بان الطعام الذي يصير كثيرة لا يحرم قليله وان كان يدعو الى الكثير لكن المصنف
ذكر في كتاب الاشربة ما يفيد ما ذكرنا فانه قال في جواب الحاق الشافعي حرمة المثلث العنبي بالخمر وانما
يحرم قليله لانه يدعو الى الكثير لرقته ولطافته والمثلث لغلظه لا يدعوه وهو في نفسه غذاء لا يحق
بعد هذا ان اعتبار دعاية القليل الى الكثير في الحرمة ليس الا لحرمة السكر فيحتاج التحقيق الاسكار هو المحرم بالغ
الوجوه لانه الموقع للعداوة والبغضاء والصد عن ذكر الله وعن الصلاة واتيان المفاسد من القتل وغيره كما اشار
النص اليه عليها ولكن على تقدير ثبوت الحرمة بالقياس لا يثبت الحد لان الحد لا يثبت عندهم وهو ما ذكرنا من المنع
على العموم واذن فلم يثبت الحد بمجرد الشرب من غير الخمر ولكن ثبت بالسكر منه باحاديث منها ما قدمناه من
حديث ابي هريرة فاذا سكر فاجلدوه الحديث فلو اثبت به حد سالم يسكر لكان بمفهوم الشرط وهو منتف عندهم
لوجوه ليس الا ثبوت الحد بالسكر ثم يجب ان يحمل على السكر من غير الخمر لان حمله على الاعم من الخمر ينفي فايدة التقييد
بالسكر لان في الخمر يحد بالقليل منها بل يوهم عدم التقييد لغيرها انه لا يحد منها حتى يسكر وانما وجب حمله على غيرها
صونا للحد مستفيدا عند عدم السكر بالاصل حتى يثبت ما يخرجه عنه ومنها ما روى الدارقطني في سننه انا عرابيا
شرب من اداوة عمر بنبيذ فسكر به فضربه الحد فقال الاعرابي انا شربته من اداوتك فقال عمر انما جلدناك
على السكر وهو ضعيف به - وحديث ذي لعوة ضعيف وفيه جهالة وروى ابن ابي شيبة في مصنفه نا علي ابن مسهر
عن الشيباني عن حسان بن مخارق قال بلغني ان عمر ابن الخطاب سار برجل في سفر وكان صائما فلما افطر
اهوى الى قربة لعمر معلقة فيها نبيذ فشربه فسكر فضربه عمر الحد فقال انما شربته من قربتك فقال له
عمر انما جلدناك لسكرك وفيه بلاغ وهو عندي انقطاع واخرج الدارقطني عن عمران ابن داود عن خاله
ابن دينار عن ابن اسحق عن ابن عمران رسول الله صلى الله عليه وسلم اتي برجل قد سكر من نبيذ فجلده
وعمر ان ابن داود ردي بفتح الواو وفيه مقال وروى الدارقطني في سننه عن وكيع عن شريك عن فراس عن الشعبي
ان رجلا شرب من اداوة علي رضي الله عنه بصفين فسكر فضربه الحد ورواه ابن ابي شيبة في مصنفه نا عبد
الرحيم بن سليمان عن مجالد عن الشعبي عن علي بنحوه وقال فضربه ثمانين وروى ابن ابي شيبة حدثنا عبد الله بن نمير
عن مجالد عن ابي عون عن عبد الله بن شداد عن ابن عباس قال في السكر من النبيذ ثمانين فهذه وان ضعف بعضها
فتعدد الطرق ترقيه الى الحسن مع ان الاجماع على الحد بالكثير فان الخلاف انما هو في الحد بالقليل فغير
ان هذه الادلة كما ترى لا تفصل بين نبيذ ونبيذ والمصنف قيد وجوب الحد بما يقول لم يوجد السكران
حتى يعلم انه سكر من النبيذ وشربه طوعا لان السكر من المباح لا يوجب الحد فقد ذكروا ان ما يتخذ
من الحبوب كالحنطة والعسل يحل شربه عند ابي حنيفة يعني اذا شرب من غير لهو ولا طرب ولا يجد بالسكر
منه عنده ولا يتبع طلاقه اذا طلق سكران منها كما لا يخفى وبهذا ان المصنف في كتاب الاشربة قال وهل يحد
في المتخذ من الحبوب اذا سكر منه قيل لا يحد وقد ذكرنا الوجه من قبل قالوا والاصح انه يحد فانه روي
عن محمد فيمن سكر من الاشربة انه يحد من غير تفصيل وهذا لان الفساق يجتمعون عليه اجتماعهم على سائر
الاشربة بل فوق ذلك ولذلك التخذ من الالبان اذا اشتد فهو على هذا انتهى وهو قول محمد فقد
صرح بان العلة ان السكر من المباح لا يوجب حدا غير المختار ورواية عبد العزيز عن ابي حنيفة
وسفيان انهما سيلا عمن شرب البنج فارتفع الى راسه وعلم امراته هل يقع قالا ان كان يعلم حين
شربه ما هو يقع قوله واحد على من وجد به ريح الخمر او تقيأها لان الرائحة تحتمله فلا تثبت مع الاحتمال
بالبينة بالشبهات ولان الشرب قد يكون عن اكراه فوجود عينه في القيء لا يدل على الطواعية فلو وجب
الحد وجب بلا موجب واورد عليه انه قال ابن مريب والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل فتقطع الاحتمال
وهنا عكس قال وتكلف بعضهم في توجيهه يريد به صاحب النهاية بان الاحتمال في نفس الرائحة قبل الاستدلال
والتمييز بعد الاستدلال على وجه الاستصفاء قال ولقائل ان يقول اذا كان التمييز يحصل بالاستدلال
فاذا استدل على الوجه المذكور في هذه الصورة ينتفي ان يحد ولا يقبل به احد

ونقل

ونقل ايضا عنه ان التمييز لو لم يجز به ونظر فيه بان من عاين الشرب بنفسه تعين الاعلى استدلال وتحمين
وصاحب الهداية اثبت التمييز في صورة الاستدلال لا بصورة العيان انتهى ينفي الاشكال بحاله ولا يخفى ان المراد معاينة
الشرب والاستدلال لا بانه في المشروب جاز كونه غير الخمر فيستدل على انه خمر بالرائحة فكون المصنف جعل
التمييز بعيده الاستدلال لا بانه في حالة العيان اي عيان الشرب ثم لا شك ان لون الشيء محتملا لا بانه في ان يستدل
عليه بقوارير بحيث يحكم به مع شبهة ما ولا ملازمة بين الاحتمال وعدم الاستدلال عليه بل جاز ان يثبت الاستدلال
مع ثبوت ضرب من الاحتمال فلا يصح قوله انه قطع الاحتمال حيث ذكر انه يكفي التمييز بالاستدلال ولا شك ان المنظور
اليه والمقصود في الوضعين ثبوت طريق الدرء اما للوضع الثاني وهو عدم الحد بوجود الرائحة والتقيء فظاهر
وطريقه انه لو ثبت الحد لكان مع شبهة عدم سكران الرائحة محتملة وان استدل عليه فان قياس الدليل بشبهة
قوية فلا يثبت الحد مع ذا واما في الموضع الاول فلا شك ان في اثبات اشتراط عدم التقيء درء كثيرا واسعا ولا يمكن اثبات هذا الطريق الكافي للدرء الا باعتبار تمييز رائحة الخمر من غيرها فكم باعثا
التمييز بالاجتهاد في الاستدلال وان كان ملزوما للشبهة النفي ليتمكن من تحصيل هذا الطريق الواسع للدرء
لانه لو لم يعتبر التمييز مع ما فيه من شبهة لكان الشهادة والاقرار معمولا بهما في ازمنة كثيرة متاخرة بلا رائحة
فيقام بذلك ما لا يحصى من الحدود وهو ضد الشرط وذلك وصحت طريقه مع الشبهة والاحتمال فظهر ان لا صحيح في
موضعه فقد رد الحد في مجرد الرائحة والقيء للاحتمال وردت الشهادة بلا رائحة اذا لم يكن التمييز الامر الاغلب

ولا يحد السكران حتى يزول عنه السكر تحصيلا لمقصود الانزجار وهذا باجماع الائمة الاربعة لان غير
العقل وغلبة الطرب والمرح تخفف الالم حتى حكي ان بعض المغابين استدعوا انسانا ليضحكوا عليه
به اخلاطا ثقيلة لزجة بركبتيه لا يقلها الا بكلفة ومشقة فلما غلب على عقله ادعى القوة والاقدام فقال له
بعض الحاضرين ممازحا لين بصحيح والانفع هذه الجرة على ركبتيك فاقدم ووضعها حتى اكل ما هناك من لجة
وهو لا يلتفت حتى لطمت اذا لها بعض الحاضرين بحيث ان كاد افاق وحد ما به من حرارة النار البالغة
ودوهت ركبته وملك بها مؤونة الى ان برئت فعاد ذلك الكلي البالغ في غاية الصحة والنظافة من الاخلاط وصار
يقول بالبرء كانت في الركبتين ثم لم يستطع اصلا في حال صحو ان يفعل مثل ذلك بالاخرى ليستريح من المها ومتظرا
واذا كان كذلك فلا يفيد الحد فائدة الامال الصحو وتاخير الحد لعذر جائز وحد الخمر والسكران من
غيرها ثمانون سوطا وهو قول مالك واحد في رواية عن احمد وهو قول للشافعي واربعون الا ان الامام لو راى
ان جلده ثمانين جاز في الاصح واستدل المصنف على بعين الثمانين باجماع الصحابة روى البخاري من حديث
السايب بن يزيد قال كنا نوتى بالشارب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر وصدرا من خلافة عمر
فنقوم اليه بايدينا ونعالنا وارديتنا حتى كان اخر امرة عمر فجلد اربعين حتى عتوا وفسقوا فجلد ثمانين
واخرج مسلم عن انس ابن مالك ان النبي صلى الله عليه وسلم جلد في الخمر بالجريد والنعال ثم جلد ابو بكر اربعين
فلما كان عمر ودنا الناس من الريف والقرى قال ما ترون في جلد الخمر فقال عبد الرحمن بن عوف اري ان
تجعله ثمانين فكان الحد وقال فجلد عمر ثمانين وفي الموطا ان عمر استشار في الخمر يشربها الرجل فقال له علي ابن ابي
طالب نرى ان يجلد ثمانين فانه اذا شرب سكر واذا سكر هذي واذا هذي افترى وعلى المفتري ثمانون
وعن مالك رواه الشافعي والمانع من كون كل من علي وعبد الرحمن بن عوف اشار بذلك فروى الحديث موة
مقتصرا عليه هذا ومرة عليه هذا واخرج الحاكم في المستدرك عن ابن عباس ان الشراب كانوا يضربون على عهد
رسول الله صلى الله عليه وسلم بالايدي والنعال والعصي حتى توفي فكان ابو بكر يجلدهم اربعين حتى توفي الى ان
قال فقال عمر ما ادتون فقال علي رضي الله عنه اذا شرب الى اخره وروى مسلم عن انس قال اتى النبي صلى الله عليه وسلم
برجل قد شرب الخمر فضربه بجريدتين نحو الاربعين وفعله ابو بكر فلما كان عمر استشار الناس فقال عبد الرحمن
ابن عوف اخف الحدود ثمانون فامر به عمر فيكمن بجريدتين متطابقتين بان انكسرت واحدة فاخذت اخرى واما
منى ثمانون ويكون مما راى عليه الصلاة والسلام في ذلك الرجل وقول الراوي بعد ذلك فلما كان عمر استشار الى اخره

ما نبا في ذلك فان حاصله انه استشار من وقتي اختيارهم على تقرير الثمانين التي انتهى اليها فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم
الا انه قوله وفعله ابو بكر بعده والا لزم ان ابا بكر جلد ثمانين وما تقدم مما يفيد ان عمر هو الذي جلد الثمانين كلان
ابي بكر والسا علم وقد اخرج البخاري ومسلم عن علي رضي الله عنه قال ما كنت اقيم على احد حدا فيموت فيه فاجد منه في نفسي
الا صاحب الخمر لانه ان مات وديته لان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسنه والمراد لم يسن فيه عددا معينا والا فعلوم
قطعا انه امر بضربه فهذه الاحاديث تفيد انه لم يكن مقدرا في زمنه عليه الصلاة والسلام بعدد معين ثم قدره
ابو بكر بعدد ما بين اربعين الى ثمانين واما جاز لهم ان يجمعوا على تعيينه والحكم المعلوم منه عليه الصلاة والسلام
عدم تعيينه لعلمهم بانه عليه الصلاة والسلام انتهى الى هذه الغاية في ذلك الرجل لزيادة فساد فيه عن زاد اهل
الزمان تقيدوا الى نحوه والكثر ما تقدم من قول المسايب حتى عتوا وفسقوا وعلموا ان الزمان كلما تاخر كان فسادا هلم
الكثر فكان ما اجمعوا عليه هو ما كان عليه عليه الصلاة والسلام في اقالهم واما ما روي من جلده على اربعين بعد عمر فلي بهم
وذلك ما في السنن من حديث معاوية بن حصين بن المنذر الرقاشي قال شهدت عثمان ابن عفان رضي الله عنه اتي بالوليد
بن عقبه فشهد عليه عمران ورجل اخر فشهد انه راه شربها وشهد الاخر انه راه يتقيا فقال عثمان انه لم يتقيا حتى شربها فقال لعلي اقم عليه الحد فقال علي للحسن اقم عليه الحد فقال ول حارها من يتولى قارها فقال علي لعبد الله بن
جعفر اقم عليه الحد فاخذ السوط فجلد وعلي يعد الى ان بلغ اربعين فقال امسك جلد النبي صلى الله عليه وسلم اربعين وجلد
ابو بكر اربعين وعمر ثمانين وكل سنة وهذا احب الي ويوقف الضرب على بدنه كما في حد الزنا وتقل من قول
ابن مسعود رضي الله عنه للضارب اعط كل عضو حقه يعني ما خلا الوجه والراس والفرج وعند ابي يوسف يضرب الراس
ايضا وتقدم ثم مجرد في المشهور من الرواية وعن محمد انه لا يجرد اظهارا للتخفيف لانه لم يرد به نص وجه
المشهور انا اظهرنا ان الشرع اظهر التخفيف مرة بنقصان العدد فلا يعتبر ثانيا بعدم التجريد والاقارب المقصود
من الانزجار العورات وتقدم له مثله في الطهارة حيث قال في جواب تخفيف الردت والحق للضرورة قلنا الضرورة
قد اثرت في الثقال مرة فتكفي مؤونتها اي فلا تخفف مرة اخرى وله ضده في الصلاة حيث قال في تخفيف القراءة للمسافر
ولان السفر قد اثر في اسقاط شطر الصلاة فلان يؤثر في تخفيف القراءة اولى وتقدم هناك الجمع بينه وبين ما في
الطهارة ان ملازمته بين نفي التخفيف ثانيا ووجوده اولا من حيث هو وجوده والمعول عليه في كل موضع الدليل وعدمه
وان كان عبدا فحده اربعون على ما عرف من ان الرق مؤثر في تنصيف النعمة والعقوبة فاذا قلنا ان حد
الحر ثمانون قلنا ان حد العبد اربعون ومن قال حده اربعون قال حد العبد عشرون ومن اقر بشرب
الخمر وسكر بقيئتين وهو عصير الرطب اذا اشتد ثم رجع لم يحد لانه خالص حق الشرع والمكذب له في الرجوع عنه
فيقبل ولا يضم سنينه لان اقراره بالسكر من غير الخمر اما في حال سكره وما يعتبر اقرار السكران الا سيما في
ابعده والا يعتبر للتقادم فلا يوجد ما يصح الرجوع عنه وثبت الشرب بشهادة شاهدين وثبت
بالاقرار مرة واحدة وعن ابي يوسف انه يشترط الاقرار مرتين وقوله سنيه هنا لان ابي سنين هذه المسئلة
في الشهادات ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال والا نعلم في ذلك خلافا لان فيها شبهة اي شبهة شهادة النساء شبهة
البدلية لقوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامراتان فاعتبروا عند عدم الرجلين ولم يرد به حقيقة بالاجماع
لانها لو شهدت مع رجل في اكثر من رجلين مع اجماعا وفيه تهمة الضلال لقوله تع ان تضل احديهما فتذكر احديهما الاخرى
في الكتاب ان تضل اي لا تهدي للشهادة وفي التيسير الضلال هنا النسيان وقوله فتذكر احديهما الاخرى
اي تنزل منزلتها والسكران الذي يحد لسكره من غير الخمر عند ابي حنيفه هو الذي لا يعقل منطقا قليلا
والكثير او يعقل الرجل من المراة زاد في الفوائد الظهيرية والارض من السما وقال هو الذي يهذي ويخلط
وجه قال الائمة الثلثة والعامل بذكر الخلاف في الجامع الصغير ذكر المصنف والمراد ان يكون غالب كلامه هذيانا فان
كان نصفه مستقيما فليس بسكران فيكون حكمه حكم الصاحي في اقراره بالحدود وغيره ذلك لان السكران في الوقوف
من اثناء كلامه جده بهزله فلا يستقر على شيء والميه مال اكثر المتاخرين واختاروه للفتوى لان المتعارف اذا كان
يهذي يسمى سكران وتاييد بقول علي اذا سكر هذى ولابي حنيفه رضي الله عنه انه يوخذ في اسباب الحدود باقصاها

درائه الدليل الا ازام في شهادة الزنا ان يقول كالميل في المكحلة وفي السرقة بالاخذ من الحرز التام لان فيما دون ذلك
بشبهة المحو فيندرئ الحد وانما في ثبوت الحرمة فما قالا في امر الحد والحرمة وانا اختاروا للفتوى قولهما لضعف
وجه قوله وذلك انه حيث قال يوخذ في اسباب الحدود باقصاها فقد سلم ان السكر يتحقق قبل الحالة التي عينها
وانه يتفاوت مراتبه وكل مرتبة هي سكر والحد انما ينبني على الدليل الذي اثبت حد السكر بكلا يسمى سكرانا بالمرتبة
الاخيرة منه على ان الحالة التي ذكرتم انما يصل اليها سكران فيود على عدم الحد بالسكر وروي بشر عن ابي يوسف
اعتبار السكر بقوله سورة قل يا ايها الكافرون ولا شك ان المراد من حفظ القران او كان حفظ انما حفظه من
لم يدرسها اصلا قال بشر وانه قال ابو يوسف كيف اسوا من السور وفيها ما يخطي فيها العاقل قال لا ما ادري
ان الذي عجز عن قراتها سكران حتى به ما في الترمذي عن علي ابن ابي طالب رضي الله عنه صنع لنا عبد الرحمن بن عوف
طعاما فدعانا وسقانا من الخمر فاخذت الخمر منا وحضرت الصلاة فقدموني فقرات قل يا ايها الكافرون اعبد
ما تعبدون ونحن نعبد ما تعبدون قال فانزل الله تعالى يا ايها الذين امنوا لا تقربوا الصلاة وانتم سكارى حتى تعلموا
ما تقولون والينبغي ان يعول على هذا بل لا يعتبر به فانه طريق سماع فتبدل كلام الله عز وجل فانه ليس كل سكران
اذا قيل له اقرا قل يا ايها الكافرون يقول لا احسنها الآن بل يندفع عاريا فيندفع الى الكفر والينبغي ان يلزم احد بطريق
ذكر ما هو كفر وان لم يوخذ به لعدم توقين طريقا لمعاتبة حكم الله لان ليس كذلك فان معرفة السكران لا توقف
عليه بل له طريق معلوم هي ما ذكرنا وقوله تعالى لا تقربوا الصلاة وانتم سكارى لمن لم يحسنها لا يوجب قصر المعرف عليه
وقوله ما دون ذلك لا معدى عن شبهة المحو ممنوع بل اذا حكم العرف واللغة بانه سكران بمقدار من اختلاف
الحال حكم بانه سكران بلا شبهة محو وما معه من ذلك القدر من التمييز لم يجعل شبهة في انه سكران واذا كان
سكران بلا شبهة حد فالمعتبر ثبوت الشبهة في سكره في نفي الحد لا ثبوت شبهة محوه وعرف مما ذكران من استدل
بان حنيفة رضي الله عنه بهذه الاية على ان السكر هو الذي يعقل منطقا البيت اخره عزيز في الخطا لانها في علي واصحابه ولم يصل
سكرهم الى ذلك الحد كما علمت من انهم اوركوا الوجوب وقاموا للاستقامة وجعلهم سكارى فهي تفيد ضد قوله وانما
قوله تعالى حتى تعلموا الاية فانما الطلق لهم الصلاة حتى يصحوا اهل الصحو بان يعلموا جميع ما يقولون خشية ان يبدلوا
بعض ما يقولون وليس فيه ان من مراتب السكر لذا او كذا بل ان من وصل اليه ذلك الحد الذي كانوا فيه سمي سكرانا وكون
المقدر الذي هو سبب للحد ما هو لا تعرض له بوجه وقول المصنف والشافعي يعتبر ظهور اثره في مشيته وحركاته
والمراد انه يفيد ان المراد من الاجماع في قوله والمعتبر في القدح السكر ما فاده بالاجماع المذهبي والا لم يكن للشافعي
قول اخر يخالف قولها واعترضه شارح بانه قلد فيه مخرج الاسلام وفيه نظر فان الشافعي يوجب الحد في شرب
النبيذ المسكر جنسه ولم قل ولا يعتبر السكر اصلا ولا يخفى انه ليس بلازم من نقل قول الشافعي في تحديد السكر
ما هو اعتقاد ان قل ان الشافعي يحد بالسكر بل الحاصل انه لما قال يحد بالسكر عندنا حد السكر مطلقا عنها وعن الشافعي
وفصلا عن الامام اي هو باعتبار اقتضايه الحد هو اقصاه وباعتبار مجرد الحرمة هو ما ذكرتم وجاز ان يكون بعض من
فسر السكر بحد بالسكر وانما فسره باعتبار اخر كان حلف بطلاق او عتاق ليشربن حتى يسكر فيحده ليعلم متى
يقع الطلاق والعتاق وغير ذلك ثم ابطله بان هذا يتفاوت اي ما ينضبط فكم من صاح يتمايل ويزلق في مشيته
وسكران ثابت وما لا ينضبط لا ينضبط به وكان الذي وقع في كلام علي رضي الله عنه حضرة الصحابة امتبارا بالاقوال
لا بالمشي حيث قال اذا سكر هذى الخ ويحد السكران باقراره على نفسه اي بالحدود الخالصة حقا لله تع
كحد الزنا والشرب والسرقة لما انه يضن المسروق وقيد بالاقرار لانه لو شهد عليه بالزنا في حال سكره وبالسرقة
بعد الصحو يقطع وانما يعتبر اقراره في حقوق الله تعالى لانه يصح رجوعه عنه ومن المعلوم ان السكران لا يثبت
على شيء وذلك الاقرار من الاشياء والاقوال التي يقولها فهو محكوم بانه لا يثبت عليه ويلزمه المحكوم بعدم صحة
ما بعد رجوع عنه هذا مع زيادة شبهة انه يكذب على نفسه محوا وتهتكا كما ستعرف السكر المنصف هو به فيندرئ عنه
الحد لان ما يقبل الرجوع فانه مراد به ان غاية الامر ان يجعل راجعا عنه لان رجوعه عنه لا يقبل هذا والذي ينبغي
ان يعتبر في السكر الذي لا يصح معه الاقرار بالحدود على قول ابي حنيفه فقولها فيتفقون فيه كما اتفقوا عليه في التحريم

لانه اورد للحد ومنه لو اعتبر كقوله فيه في اسباب الحد وهنا يخلاف حد القذف لان في حق العبد والسكران كالصاحي
فيما فيه حقوق العباد عقوبة عليه لانه ادخل الآفة على نفسه فاذا اقر بالقذف سكران حبس حتى يصحو فيحد للقذف
ثم يحبس حتى يخف عنه الضرب فيحد للسكر وينبغي ان يكون معناه انه اقر بالقذف سكران وشهد عليه بالسكر في الاثنية
المحرمة او مطلقا على الخلاف في الحد بالسكر من الاشربة المباحة والا فيجرد سكره لا يحد باقراره بالسكر وكذا يوجد
بالاقرار سبب القصاص وسائر الحقوق من المال والطلاق والعتاق وغيرها لانها لا تقبل الرجوع ولو ارتد السكران
او ابين امراته لان الكفر من باب الاعتقاد او الاستخفاف وباعتبار الاستخفاف حكم بكفره الهازل مع عدم اعتقاده
لما يقوله وعدم اعتقاد السكران ولا استخفاف لانهما فرع قيام الادراك وهذا يقتضي ان السكران الذي لا يبين امراته
هو الذي لا يعقل منطقا كقول ابي حنيفة في حده والظاهر انه كقوله ولذا لم يقبل خلاف في انه لا يحكم بكفر السكران بكلمة
مع انهما لم يفسرا السكران بغير ما قدر عنهما فوجهه ان ابا حنيفة انما اعتبر عدم الادراك في السكران احتياطا لدرء الحد
فلا شك انه يجب ان يحتاط في عدم تكفير المسلم حتى قالوا اذا كان في المسئلة وجوه كثيرة توجب التكفير ووجه واحد يمنعه
على المفتي ان يميل اليه ويفتي عليه فلو اعتبر في اعتبار عدم ادته بالتكلم بما هو كفر اتفاقي السكران احتياطا للتكفيره لانه
يكفر في جميع ما قبل ذلك الحال هذا في حق الحكم اما فيما بينه وبين الله تعالى فان كان في الواقع قصد ان يتكلم به ذاكرا لمعناه
كفر والا فلا ولو قيل هذا الاعتبار مخالف للشرع فان الشارع اعتبر دركه فيما حتى خاطبه في حال سكره وذلك لانه قوله
تعالى لا تقربوا الصلاة وانتم سكارى يتضمن خطاب السكارى لانه في حال سكره مخاطب بان لا يقربها لذلك والا لكان قربانا
وان لم يعلم ما يقول لعدم الخطاب عليه لا يفيد هذا الخطاب فايدة اصلا فهو خطاب للصاحي ان لا يقربها اذا سكر
فالامتثال مطلوب منه حال السكر سواء كان يعقل دركا تاما او ناقصا لنائم وهو معنى كونه مخاطبا حال السكر ولا شك ان
تحقق الخطاب عليه ولا دركا ليس لاعقوبة اذ تلزمه الاحكام ولا علم له بما صدر منه فاعتبار دركه زايلا في حق الردة
حتى لا يكفر لعدم الاعتقاد والاستخفاف اعتبار مخالف لاعتبار الشرع في حقه فلما ثبت من الشرع ما يقتضي انه بعد
ما عاقبه بلزوم الاحكام مع عدم فهم الخطاب خفف عنه في اصل الدين رحمة عليه في ذلك خاصة وذلك حديث عبد
الرحمن بن عوف المتقدم فانه لم يحكم بكفر القاري مع انه قال يا ايها الكافرون فلا شك ان ذلك السكر
الذي كان بهم لم يكن بحيث لا دركا اصلا الا يرى انهم ادركوا وجوب الصلاة وقاموا الى الصلاة فعلمنا ان الشارع رحمه
في اصل الدين وعافيه في فروعه ولهذا صححنا اسلامه ولولا هذا الحديث لقلنا بردته وان لم يكن له دركا ولم يصح
من الكافر السكران اسلامه وما ذكرنا يعرف صحة التفصيل الذي ذكرناه وهو ان هذا السكران الذي وقع منه كلمة ردة
ولم يصل الى افيق السكران لكان عين غير قصد الها كقوله قل يا ايها الكافرون فغير فلبس بكافر عند الله وكذا في
الحكم وان كان مدركا لها قاصدا مستحضرا معناها فانه كافر عند الله تعالى بطريق يكفر الهازل وان لم يحكم بكفره
في القضاء لان القاضي لا يدري ما في حاله الا انه سكران يكلم بما هو كفر فلا يحكم بكفره والله اعلم باب

حد القذف تقدم وجه المناسبة بينه وبين ما قبله وما بعده والقذف لغة الرمي بالشئ وفي الشرع الرمي
بالزنا وهو من الكبائر باجماع الآية قال الله تعالى ان الذين يرمون المحصنات الغافلات المومنات لعنوا في الدنيا
والآخرة ولهم عذاب عظيم وقال عليه الصلاة والسلام اجتنبوا السبع الموبقات قيل وما هن يا رسول الله قال الشرك
بالله والسحر وقتل النفس التي حرم الله واكل مال اليتيم واكل الربا والتولي يوم الزحف وقذف المحصنات المومنات
الغافلات متفق عليه وعنه عليه الصلاة والسلام من اقام الصلوات الخمس واجتنب السبع الكبائر نودي يوم القيمة
ليدخل من اي ابواب الجنة شاء وذكر منها قذف المحصنات وتعلق الحد به بالاجماع مستندين الى قوله تعالى والذين يرمون
المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا واولئك هم الفاسقون الا الذين
ارادوا من بعد ذلك واصلحوا فان الله غفور رحيم والمراد الرمي بالزنى حتى
لو رماه بسائر المعاصي غير الكفر لا يجب الحد بل التعزير وفي النص اشارة اليه اذ علم ان المراد الزنا وهو اشتراط
اربعة من الشهود يشهدون على الزنا بما رماه به ليظهر صدقه فيما رماه به والا حتى يتوقف ثبوته بان شهادة على
شهادة اربعة على الزنا تثبت وجوب جلد القاذف للمحصن بدلالة هذا النص للقطع بالغاء الفارق وهو صونه
الانوثة واستعلاء دفع عار ما نسب اليه بالتاسير بحيث لا يتوقف تنهه على ثبوت اهلية الاجتهاد

اذا قذف الرجل رجلا محصنا او امراة محصنة بصريح الزنا بان قال زنيت او يا زاني وطلب المقذوف الحد حده
الحاكم ثمانين سوطا ان كان القاذف حرا وان كان عبدا حده اربعين سوطا لشرط الاحصان في المقذوف وهو ان
يكون حرا عاقلا بالغا مسلما عفيفا وعن داود عدم اشتراط الحرية وانه يحد قاذف العبد وعن احمد لا يشترط
البلوغ بل كون المقذوف بحيث يجامع وان كان صبيا وهو خلاف الصحيح عنه وعن سعيد بن المسيب وابن ابي
ليلى يحد بتقذيف الذمية اذا كان لها ولد مسلم والمعول عليه قول الجمهور وسيأتي الوجه عليه وقوله بصريح الزنا
يحترز عن القذف بالكناية كما يأتي صدقت لمن قال يا زاني بخلاف ما لو قال هو كما قلت فانه يحد ولو قال اشهد انك
زان فقال آخر وانا اشهد لا حد على الثاني لان كلامه محتمل ولو قال انا اشهد بمثل ما شهدت به حد وجد بقوله
زنى فرجك وبقوله زنيت ثم قال بعد ما قطع كلامه وانت مكرهة بخلافه سومح ولذا اذا قال ليست امي بزانية
او اني فيما يظنه لا يحد وبه قال الشافعي واحمد وسعيد وابن شبرمة والحسن بن صالح ومالك وهو رواية عن احمد
يحد بالتعريض لما روى الزهري عن سالم عن عبد الله بن عمر قال كان عمر يضرب الحد في التعريض وعن علي اذا جلد
وحلا بالتعريض ولانه اذا عرف المراد بدليله من القرينة صار كالصريح فلم يعتبر الشارع مثله فانا رأيناه
حرم صريح خطبة المتوفى عنها في العدة واباح التعريض فقال ولا تواعدوهن سرا وقال ولا جناح عليكم فيما عرضتم
به من خطبة النساء فاذا ثبت من الشرع تحقق اتحاد حكمهما في غير الحد لم يجز ان يعتبر مثله في وجه يوجب الحد احتياطا
في درئه واما الاستدلال بانه صلى الله عليه وسلم لم يلزم الحد للذي قال يا رسول الله ان امراتي ولدت غلاما اسود
يعرض بنفيه فغير لازم لان الزام حد القذف متوقف على الدعوى والمراة لم تدع ذلك وقد اورد ان الحد ثبت بنفي
النسب وليس صريحا في القذف وورود به باعتبار المفهوم وهو حجة في الروايات واجيب بانه ثبت لا
بالنسبة الى الزنا بالاقتضاء والثابت بمقتضى كالثابت بالعبارة والحق ان لا دلالة اقتضاء في ذلك لما سيظهر بل
حده بالاثر والاجماع فهو وارد لا يدفع ولا فرق في ثبوت القذف بعد ان يكون بصريح الزنا بين ان يكون بالعربية
او النبطي او الفارسي او غير ذلك فلا يحد لو قال لها زنيت بحمار او عير او ثور او ان الزنا ادخال رجل ذكره الى اخره بخلاف
ما لو قال لها زنيت بناقة او اتان او ثور او درام حيث يحد لان معناه زنيت واخذت البدل اذ اشتهر الذكور
للاموال في فرجك ولو قيل هذا الرجل لا يحد لانه ليس العرف في جانبه اخذ المال ولو قال زنيت وانت صغير او معك
فلان جامعا حراما لا يحد لعدم الاثم ولعدم الصراحة اذ الجماع الحرام يكون بنكاح فاسد ولذا لا يحد في قوله يا حرام
زاده لانه ليس بكل حرام زنا ولا بقوله اشهد ان رجلا انك زان لانه حال القذف غيره ولا بقوله انت الذي سماك
فلان او زنى الناس او زاني الزناة لان افعل في مثله يستعمل للترجيح في العلم فكانه قال انت اعلم به وسيأتي
خلافه في فروع يذكرها واما اشتراط مطالبة المقذوف فاجماع اذا كان حيا فان كان ميتا فمطالبة من يتبع القذح
في نسبه ثم ان نفيه عن غير المقذوف عن مفهوم الصفة وهو معتبر وارد ينبغي ان لا يشترط المطالبة لان
المغلب فيه حق الله تع فالجواب ان حق العبد مطلقا يتوقف النظر فيه على الدعوى وان كان مغلوبا ثم يرد
على ظاهر العبارة قذف نحو الرسل والمحبوب فانه لا يحد فيه مع صدق القذف للحصنة بصريح الزنا وكذا
الاخرس لاحتمال ان يصدقه لو نطق وفي الاولين كذبه ثابت بيقين فانتفى الحاق الشين الا بنفسه وقال رجل
يا زانية لا يحد استحسانا عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد وان فجر رحمها الله يحد لانه قذف على المبالغة
لان الناشزة لا كذا في علامة ولنا انه رماها باستحيال منه فلا يحد كما لو قذف مجبوبا وكما لو قال انت
محل للزنا لا يحد ويكون النداء للمبالغة بل لما عهد لامر الثانية ولو كان حقيقة فالحد لا يجب بالشك ولو قال لامراة
يا زاني حد عندهم لان التزخم شايع ويفرق على اعضايه لما مر في حد الزنا ولا يحد من شايه الخ قول
مالك ان نسبه وهو النسبة الى الزنا كذبا غير متطوع به لجواز كونه صادقا غير انه عاجز عن البيان بخلاف
حد الزنا لان سببه معاين للشهود او للمخبر به والمعلوم لها هو نفس القذف والجابه الحد ليس بدا له بل باعتبار
كونه كاذبا حقيقة او حكما لعدم اقامة البينة قال تع فاذا لم ياتوا بالشهداء فاولئك عند الله هم الكاذبون
فالحاصل انه معاين منع من النسبة الى الزنا الا مع القدرة على الاثبات بالشهداء لان فايدة النسبة هناك تحصل

اما منه العجز فانما هو تشنيع وتعلقة تمايل بمثلها بلا فايدة بخلاف حد الزنا غير انه ينزع عنه العنوة والحشو ان الثوب
المحشو انه يمنع وصول الالم اليه ومقتضاه انه لو كان عليه ثوب ذو بطانة غير محشو لا ينزع والظاهر ان كان
فوق قميص ينزع لانه يصير مع القميص كالمحشو وقريبا منه ويمنع ايصال الالم الذي يصلح زاجرا **قوله** والاحصان
ان يكون المقذوف حرا الخ قد مناذلك والكلام هنا في اثبات ذلك وعنت الاحصان باقرار القاذف او بشهادة
رجلين او رجل وامراتين خلافا لزفر وتقدمت فان انكر القاذف الاحصان وعجز المقذوف عن البينة لا يحلف
ما يعلم انه محصنة ولذا اذا انكر الحرية لم يحد حد الارقاء العقوله قوله ولا يحد كالاحرار الا ان يقيم المقذوف بينة انه
حد ولو كان القاضي يعلم حريته حده ثمانين وهذا قضاه بعلمه فيما ليس سببا للحد فيجوز اما اشتراط الحرية فلانه
ينطلق عليه اسم الاحصان كما تقدم فعليه نصف ما على المحصنات من العذاب اي الحرايرظا لوقيل ليس بمحصنا بهذا
المعنى وكونه محصنا بمعنى آخر كالاسلام وغيره يوجب كونه محصنا من وجه دون وجه وذلك شبهة في احصانه يوجب
درء الحد عن قاذفه فلا يحد حتى يكون محصنا بجميع المفهومات التي اطلق عليها لفظ الاحصان الا ما اجمع على عدم اعتباره
في تحقق الاحصان وهو كونها زوجة او كون المقذوف زوجا فانه جامعناه وهو قوله تع والمحصنات من النساء اي
المتزوجات ولا يعتبر في احصان القذف بل في احصان الرجم ولا شك ان الاحصان اطلق بمعنى الحرية لما ذكرنا ومعنى
الاسلام في قولهم فاذا احصن قال ابن مسعود اسلمن وهذا يكفي في اثبات اعتبار الاسلام في الاحصان والمصنف
ذكر فيه ما تقدم من قوله عليه الصلاة والسلام من اشرك بالله فليس بمحصن وتقدم الكلام عليه ومعنى العفة عن فعل الزنا
قال تعالى والذين يرمون المحصنات والمراد بهن العفايف واما العقل والبلوغ فتبعه اجماع الا ما عن احمد ان الصبي الذي
يجامع مثله محصن فيحد قاذفه والاصح عنه كقول الناس وقول مالك في الصبية التي يجامع مثل عبد قاذفها خصوصا
اذا كانت مراهقة فان الحد علة الحاق العار ومثل هذا يلحقها والعامة يمنعون كون الصبي والمجنون يلحقهما عار بنسبتها
الى الزنا بل ربما يضحك من الغالط الذي يقول صبي او مجنون يازاني اما لعدم صحة قصده واما لعدم خطابهما بالمحرمات
ولو فرض تحرك عار والمراهق فليس الحاق العار بالمحرك بمقدر وهذا اولى من تعليل المصنف بعدم تحقق فعل الزنا منهما
لانه مؤول بان المراد بالزنا الموثم والاظهر تحققه منهما اذ تحققه منهما الوطي في غير الملك لكن القذف انما
يوجب الحد اذا كان يزني موثم صاحبه وبه يندفع الاعتراض القايل اذا لم تحقق الزنا منهما فينبغي ان يحد قاذف
مجنون زني في حالة جنونه للك لا يحد واذا كان قذفه حين افاقته واما اشتراطه العفة فلان غير العفيف
لا يلحقه العار بنسبته الى الزنا لان تحصيل الحاصل محال ولحقه عار آخر فهو صدق وحد القذف للغيرة لا للصدق
وفي شرح الطحاوي في العفة قالوا لم يكن وطي امراة بالزنا وبالشبهة وبالنكاح فاسد في عمرها فان كان فعل ذلك مرة بريد
النكاح الفاسد سقطت عدالته ولا حد على قاذفه وكذا لو وطي في غير الملك او وطي جارية مشتركة بينه وبين غيره
سقطت عدالته ولو وطي في الملك الا انه محرم فانه ينظر ان كانت الحرمة موقتة لا تسقط عدالته كما اذا وطي امراة
في الحيض او امته المجوسية لا يسقط احصانه وان كانت مؤبدة سقط احصانه كما اذا وطي امته وهي اخته من الرضاعة
ولو مس امراة بشهوة او نظر الى فرجها بشهوة ثم تزوج بنتها فدخل بها او امها لا يسقط احصانه عند ابي حنيفة وعندهما
يسقط ولو وطي امراة بالنكاح ثم تزوج بنتها ودخل بها سقط احصانه انتهى لفظه وانما لم يسقط احصانه عند ابي
حنيفة في بنت الممسوسة بشهوة لان كثيرا من الفقهاء يصححون نكاحها **قوله** ومن نفى نسب غيره فقال له لست
لابيك فانه يحد وهذا اذا كانت امه حرة مسلمة وكذا اقتصر عليه الحاكم في الكافي وعلله في الهداية بانه في الحقيقة
قذف لامه فكانه قال امه زانية لانه اذا كان لغير ابيه ولا نكاح لذلك الغير كان من زنا بها معه قيل فعلى
هذا كان الاولى ان يقال اذا كانت محصنة حتى يشمل جميع شرايط الاحصان واورد عليه انه يجوز ان لا يكون ثابت
النسب من ابيه ولا يكون امه زانية بان كانت موطوءة بشبهة او نكاح فاسد والجواب المراد انك لست لابيك
الذي ولدت من مائه بل منقطع النسب منه بان لا مرزنت مع صاحبك الذي ولد هو منه وهذا معنى قول
المصنف ان النسب انما ينفي عن الزاني لا عن غيره وحاصله ان نفي نسبه عن ابيه يستلزم كون ابيه زانيا لان النسب
انما ينفي عن الزاني فلزم ان امه زنت مع ابيه فجاء به من الزنا واعلم انه ليس يلزم جواز كون ابيه زانيا بامة

او غاية فلا يثبت نسبه من ابيه ولا يكون قاذفا لامه فالوجه اثباته بالاجماع وهذا بناء على الحكم بعدم ارادة الاب الذي
يدعى اليه وينسب بخصوصه ولا شك في هذا والا كان معنى المسئلة التي تليها وهي التي يرد عليها السوال المذكور وجوابه
ما سيجيء وحمل بعضهم وجوب الحد في هذه على ما اذا كان قوله ذلك في حال الغضب والسباب بدليل المسئلة التي تليها
واذن تختلف المراد بلفظة الاب على هذا التقدير فانه اذا كان في غير حالة الغضب فانما يراد بالاب الاب
المشهور فيكون النفي مجازا عن نفي المشابهة في المحاسن الاخلاق **قوله** ومن قال لغيره في غضب لست بابن فلان لابيه
الذي يدعى اليه يحد ولو قال في غير غضب لا يحد لان عند الغضب يراد به حقيقة اي حقيقة نفيه عن ابيه انه
حالة سب وشتم وفي غيره يراد به العاتبة على عدم تشبهه به في محاسن اخلاق والتحقي ان في حالة الغضب ليس
نسبة امه الى الزنا امرا لازما لجواز نفيه عنه والقصد الى اثباته من غير شبهة او نكاح فاسد كما في قبلا فتثبت
الحد مونة قراين الاحوال وهذا لا تثبت القذف بصريح الزنا ولذا ذكر في المبسوط ان في الاولى الحد استحسانا
بالاثر ابن مسعود وهو ما ذكره الحاكم في الكافي من قول محمد بلغنا عن عبد الله بن مسعود انه قال لاحد الا في قذف محصنة
او نفي رجل عن ابيه ثم حملوا الاثر على النفي حالة الغضب وحملوا ابانه حالة عدمه لم ينفه عن ابيه بدلالة الحال فليس هذا
من التخصيص في شيء واذ ليس قذفا وانما يكون تخصيصا لو كان قذفا فالحرج في حكم القذف وقوله لست بابن فلان
وابن فلانة لا يحد مطلقا لان حده في قوله لست ابن فلانه في حالة الغضب معتضرا باعتبار انه قذف امه واذا
نفى نسبه عن امه فقد نفى ولادتها اياه فقد نفاها به فكيف يحد هذا واما اذا قال يا ولد الزنا او ابن الزنا فلا يحد لانه
فيه تفصيل بل يحد البته بخلاف ما لو قال يا ابن القحبه فانه يعزر ولو قال لامراته يا حليلة فلان لا يحد ولا يعزر
قوله ولو قال لست بابن فلان يريد بفلان جدا لا يحد لانه صادق في كلامه وان لو قال انت ابن فلان حي جده
هو صادق لانه قد ينسب الى الجد مجازا مشتهرا وفي بعض اصحابنا ابن امير حاج وامير حاج جده ولذا لو قال ان ابن
فلان لعنه او قاله او زوج امه لا يحد لان كلامهم اطلق عليه اسم الاب كاسياتي ولعلم ان قوله لست ابن فلان ابيه
المعروف له معنى مجازي هو نفي المشابهة ومعنى حقيقي هو نفي كونه من مائه مع زنا الام به ومع عدم زنا بل لشبهة
فهي بلشه معان يمكن ارادة كل منها في الخصوص وقد حكموا بتحكيم الغضب وعدمه فحصل يراد نفي كونه من مائه مع زنا الام
به ومع عدمه يراد المجازي وقوله لست بابن فلان لجده له معنى مجازي هو نفي مشابهته لجده ومعنيان حقيقي وهو
احدهما نفي كونه مخلوقا من مائه والاخر نفي كونه له بابوة له وهو صدق هو رتين نفي كونه ابنه خلق من مائه بل ازنت
جدته به او جاءت به بشبهة وكل هذه المعاني يصح ارادة كل منها وقد حكم بتعيين الغضب احدها بعينه في الاول وهو كونه
ليس من مائه مع زنا الام به اذ لا معنى لان يخبره في السباب بان امه جاءت به بغير زنا بل بشبهة فيجب ان يحكم
ايضا بتعيين الغضب في المعنى الثاني الذي هو نفي نسب ابيه عنه وقذف جدته به فانه لا معنى لاخباره في حال الغضب
بانك لم تخلق من مائه جدك وهو مع سائر جته اجنبي في الارادة من ان يراد نفي ابوته لابيه لان هذا كقولنا السماء فوقنا
الارض وما تحتنا الا ان يكون هناك اجماع على نفي الحد بلا تفصيل كما ان في نفاك اجماعا على ثبوته بالتفصيل ولو قال لعانت
ابن فلان لغير هو احد مع انه ليس بقذف لانه صدع بحوا ركونه ابنه شرعا بلا زنا على ما قلنا فانما هو استحسان بمعنى
حديث ابن مسعود وهذا الصورستاني في الكفاب لكن هنا النسب **قوله** ولو قال له يا ابن الزانيه وامه ميتة
محصنة كان للولد المطالبة بحده فاذا طالب به حد القاذف وليطالب جد القذف للميت الادنى ثم الاقرب
في نسبه بقذفه وهو الوالد وان علا والولد وان سفل لان العار يلحق بهما للجزئية فيكون القذف مستتبا ولها
معنى فلذلك ثبتت لهما حق المطالبة لكن لحوقه لها بواسطة لحوقه للمقذوف بالذات وهو الاصل في
ذلك وهو الاصل في الخصومة لان العار بلحقه مقصودا فلا يطالب غيره بوجه الا عند اليأس عن مطالبته
وذلك بان يكون ميتا فلذا لو كان المقذوف غايبا لم يكن لولده ولا لوالده المطالبة خلافا لابن ابي ليلى وانه
يجوز ان يصدقه الغايب وما ذكرنا من ان حق المطالبة يثبت للاب وان علا ذكره الفقيه ابو الليث وفي
فتاوى قاضي خان رجل قذف ميتا فلولده وولد ولده ووالده ان ياخذه بذلك اخ وعم وباجداب الاب والام الام وعمه ولا موه وعند الشافعي
البنت سواء وظاهر الرواية ولا ياخذه بذلك اخ وعم وباجداب الاب والام الام وعمه ولا موه وعند الشافعي

ومالك رحمهما الله ايضا ثبت المطالبة لكل وارث بناء على انه يورث عنده وفي فتاوى القاضي قال محمد لكل من
يرثه ويرث منه ان يأخذ القاذف وحده انتهى وهذه رواية غريبة عن محمد ثم للشافعية فيمن يرثه ثلاثة
اوجه احدها انه يرثه جميع الورثة والثاني غير الوارث بالزوجية والثالث يرثه ذكور العصبات لا غيرهم
وعندنا ليس بطريق الارث بل لما ذكرنا من الحقوق العامة وكذا اثبت الاخ عندنا حق المطالبة لان قرابة الولاد بمنزلة
نفس الانسان فالاخ من العار الانسان كالاخ لنفس ولده ووالده بخلاف الاخ لا يلحقه ضرر عار أخيه كما لا يلحقه النفع
بانتفاع اخيه ولعدم الشرع بذلك اجاز شهادة الاخ لاخيه فليس اخ المقذوف وبالعمه وخاله المطالبة بحد القذف
ولم يجز شهادة الولد والوالد لانهما في حكم نفس المشهود له ولهذا اعني لكون حق المطالبة للحقوق العار عبودا يورث مع الارث
يثبت للمحرم عن الميراث بالقتل او الرق او الكفر فلقائل ابيه ان يطالب فاذفه بعد قتله بعد القذف وكذا اذا
كان الولد عبدا او كافرا خلافا لزفر وثبت لولد بنت المقذوف كما ثبت لولد الابن خلافا لمحمد وثبت للاعمد مع وجود
الاقرب وكذا ثبت لولد الولد حق المطالبة مع وجود الولد خلافا لزفر ولو عفى بعضهم كان لغيره ان يطالب به لانه
للدفع عن نفسه وقوله خلافا لمحمد يعني في رواية ليست هي ظاهر الرواية عنه ووجهها ان نسبه الى ابيه وهو اجنبي
عن جدته لامه بدليل انه لم يدخل في لفظ ولد الولد ولهذا الوقف على اولاده واولاد اولاده لا يدخل ابن البنت
في ظاهر الرواية وجه الظاهر انهم اوانما منع عدم الدخول بل يدخل كقوله الخصاف وقد اختاره جماعة في الوقف وثانيا
بتقدير التسليم ان المعنى مختلف كان معنى ثبوت الخصومة في حق القذف ثبوت الجزئية المستلزمة لرجوع عار
المنسوب الى الانسان الى الاخر وثبوت الوقف عليه بثبوت تبادر ولد البنت من قولنا اولاد فلان لانه
وقف على من يسمى به فاذا لم يتبادر لا يشمله الوقف وصار كالوصية لاولاد اولاد فلان لا يدخل اولاد بناته لهذا
وجه قول زفر ان ما يلحق الولد فوق ما يلحق ولد الولد فصار ولد الولد كولد المقذوف معه واعتبره بالخصومة
في الحياة فانه لا خصومة الا بعد مع وجود الاقرب والجواب منع مع ان ما يلحق الاقرب فوق ما يلحق الابعد بل
كل من ينسب الى المقذوف بالجزئية لحقه من العار قبل ما لحق الاخر تماما لجهة والبنتية بخلاف المقذوف مع ولده
لانه لحقه العار مقصودا بالالحاق به دون ولده وولد ولده واما حق خصومة الكفاءة فانما ثبت للاقرب بالحديث
وهو قوله صلى الله عليه وسلم الاكفاء على العصبات فعلم ترتبهم في ذلك لان الاسم ليشعر به حيث علم ان حكمه ذلك
فان قلت فظهر الاتفاق على رواية مطالبة ولد الولد بقذف جده وجدته انما خالف زفر في ذلك عند وجود
الاقرب فما وجه ما في الخاني اذا قال لجد كان لاحد عليه قذف للايام ان في اجداده من هو كافر فلا يكون
قاذفا مالم يعين مسلما خلاف قوله انت ابن ابن الزانية لانه قاذف لجده الادنى فانه كان او كانت محصنة حد
قوله واذا كان المقذوف محصنا جاز لابنه الكافر والابنه العبد ان يطالب بالحد خلافا لزفر ولعل من قال بطريقه
الارث يعني اذا كان المقذوف ميتا بان وقع بعد موت المقذوف لانه لا يورث ولا يطالب به الابن في حال حياة
المقذوف هو يقول القذف تناول الابن معنى لا صورة لرجوع العار اليه وليس الحد الآن والمطالبة به لاجل
امه اذ ليس طريقه الارث عندنا واذا تناوله معنى فغاية امره ان يجعل كانه تناوله صورة ومعنى بان يكون
هو المقصود بالقذف ولو كان كذلك لم تكن له المطالبة لعدم احصانه فكذا اذا كان مقذوفا معنى فقط ولنا
انه اي القاذف غيره بقذف محصن هو امه او ابوه فيأخذ بالحد وهذا لان الاحصان في المقذوف قد اوهو
الذي ينسب الى الزنا لشرط ليتمتع تعييره اياه الكمال لانه لا يتمتع تعييره اكملا الا اذا كان محصنا ثم يرجع هذا التغيير
الكامل الى ولده فيثبت له حق المطالبة على طريق الاصالة للشين الذي لحقه لا لخلافه ثم يترتب عليه المطالبة
باقامة الحد حقا لله تع والكفر لا ينافي اهلية استحقاق المطالبة بخلاف ما اذا قذفه بنفسه لعدم احصانه فلم يتم التغيير
اذ لم يكن محصنا اكملا والحاصل ان السبب التغيير الكامل وهو باحصان المقذوف فان كان جاز كانت المطالبة
له او من طالب به اصله او فرعه وان لم يكن محصنا لم يتحقق التغيير الكامل في حقه قوله وليس للعبد ان
يطالب مولاه بقذف امه الحرة الى التي قذفها في حال رقها ولا للابن ان يطالب اباه وان علا بقذف امه الحرة
المسلمة التي قذفها في حال رقها بان قال رجل لعبده يا ابن الزانية وامه ميتة حرة او قال لابنه او لابن ابنه

وان سفل بعد وفاة امه يا ابن الزانيه وهو قول الشافعي واحمد ورواية عن مالك والمشهور عنه ان للابن ان يطالب
اباه بقذف امه وهو قول ابي ثور وابن المنذر لاطلاق اية فاجلدوهم ولانه حق الادمي فله حق الدفع والمنع من ايفاء حقه
قرابة الولاد وقال مالك اذا حد الاب سقطت عدالة الابن كما شرته سبب عقوبة ابيه مع قوله تع ولا تقتل
لهما اف والجواب بان الاطلاق او العموم مخرج منه الولد على سبيل المعارضة بقوله تع ولا تقتل لهما اف والمانع مقدم
ولهذا لا يقاد الوالد بولده ولا يقطع بسرقته فانتفضت عملية الحد بالاجماع على عدم القطع وصار الاصل لنا عموم
الاية اعني قوله تعالى ولا تقتل لهما اف وقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده واما الاجماع على عدم
القطع فلشبهة الملك للاب على ما لك رحمه الله ثم دلالة الاجماع على كونها لا يقاد به لازمة
فان اهدار جنايته على نفس الولد يوجب اهدار ما دونه بطريق اولى مع ان القصاص يستغن بسببه والغلب
فيه حق العبد بخلاف حد القذف فيها ولضعف الاستدلال بعدم القطع بسرقة مال الابن اقتصر المصنف على
قوله ولهذا لا يقاد الوالد بولده ونقول المصنف ان المولى يعاقب سبب عبده استدلال على عدم اعتبار مطالبة
العبد لسيده بقذف امه قيل لان حق عبده حقه فلا يجوز ان يعاقب بسببه حق نفسه قوله ولو كان
لها اي لزوجته الميتة التي قال لولدها بعد موتها يا ابن الزانية ولد اخر من غيره كان له حق المطالبة باجماع الائمة
الاربعة لان لكل منهما حق الخصومة وظهر في حق احدهما مانع دون الاخر فيعمل المقتضي عمله في الاخر وكذا لو كان
جماعة يستحقون المطالبة فعفى عن احدهم كان لاخر المطالبة به بخلاف عمن واحد مستحقي القصاص يمتنع
استيفاء الاخرين القصاص حق واحد للميت موروث للوارثين فباسقاط احدهما بالعفو لا يتصور بقاؤه لان
القتل الواحد لا يتصور تجزيه اما صنا فلا يحوي في الحد ولا تعالى ولكل ولاية المطالبة به فلا يبطل باستيفاء احدهما فرع
يجوز التوكيل باثبات الحدود من الغايب في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف وكذا في القصاص لان
خصومة الوكيل تقوم مقامه خصومة الموكل وشرط الحد لا يثبت بمثله والاجماع انه لا يصح باستيفاء الحد
والقصاص لانها عقوبة تندرئ بالشبهات ولو استوفاه الوكيل مع غيبة الموكل كان مع احتمال انه عفى او ان
المقذوف قد صدق القاذف او الكذب شهوده او نحو ذلك تقوى شبهة العفو بعد ثبوت السبب
لا يسقط الحد فيه احتمال اولى ومن قذف غيره فمات المقذوف بطل الحد وقال الشافعي لا يبطل ولو
مات بعد ما اقيم بعض الحد بطل الباقي عندنا خلافا له بناء على انه يورث عنده فيورث الوارث الباقي فيقام له
وعندنا لا يورث والخلاف ان فيه حق الشرع وحق العبد فانه شرع لدفع العار عن المقذوف وهو الذي يشتفي
به على الخصوص من القصاص فمن هذا الوجه اي من هذا الدليل هو حق العبد ثم نعلم انه شرع زاجرا وعنه سمي حدا وهذا
والقصد من شرع الزواجر كلها اخلاء العالم عن الفساد وهذا اية حق الشرع اذ لم يختص بهذا انسان دون
غيره ويكمل من حق الله وهو حق العبد في حد القذف تشهد الاحكام فيما عتباره حتى للعبد شرطت الدعوى في
اقامته فلو لم تبطل الشهادة بالتقادم ويحبس على المسامن ويفتيه القاضي بعلمه اذا علمه في ايام قضايه ولذا لو
قذفه بحضرة القاضي حده وان علمه القاضي قبل ان يستقضى ثم ولي القضا ليس له ان يقيمه حتى يشهد به
عنده ويقدر استيفاؤه على احد الزنا والسرقة اذا اجتمعا ولا يصح الرجوع عنه بعد الاقرار به وباعتبار حق الله تع
استوفاه الامام دون المقذوف بخلاف القصاص ولا ينقلب ما لا عند ستوطه ولا يحلف عليه القاذف
ويتصف بالوقوع للعقوبات الواجبة حقا لله تعالى وحق العبد يتقدر بقدر الناقص باختلاف
المتلف واذا تعارضت الجهتان ولم يمكن اهدار مقتضى احدهما لزم اعتبارهما فيه فثبت ان فيه الحقين
لما ان الشافعي يرى الى ان تغليب حق العبد نظرا لحق العبد باعتبار حاجته وغنى الشرع وحق من الى يغلب
حق الشرع لان ما للعبد من الحق يتولى استيفاؤه مولاه فيصير حق العبد مرعيا بتغليب حق الشرع اهدارا ولا
كذلك عكسه الى لو غلب حق العبد لزم ان لا يستوفى حق الشرع الا بالحكم بعمل ولاية استيفاء اليه وذلك
لا يجوز لا يدليل ينصبه الشرع على اباية العبد في الاستيفاء ولم يثبت ذلك بل الثابت استنابة الامام حتى
كان هو الذي يستوفيه كما يراه الحدود التي هي حقه تع على ما قدمنا من الاحكام فاذا ثبت ما ذكرنا من الاختلاف

في هذا الاصل تفرعت فروع اخر مختلف فيها بعد الفروع المتفق على الشاهد لكل من ثبوت الجهتين فيها الارث عندنا
يورث وعندنا لا يورث اذ الارث يجري في حقوق العباد لا في حقوق الله تع اي انما يرث العبد حق العبد بشرط كونه
مالا او ما يتصل بالمال كالكفالة وفيما ينقلب الى المال كالقصاص والحد ليس شيا منها فيبطل بالموت اذ لم يثبت دليل سمعي
على استحقاق الشرع وارث من جعل له حق المطالبة او وصية في المطالبة التي جعلها شرطا لظهور حقه ومنها
العفو فانه يعد ما ثبت عند الحاكم القذف والاحصان لو عفى المقذوف عن القاذف لا يصح منه ويعد عندنا ويصح عنده ولا يسقط
عندنا الحد بعد ثبوتها الا ان يقول المقذوف لم يقذفني او كذب شهودي وح يظهر ان القذف لم يتم موجبا للحد
لانه وقع ثم سقط بقوله ذلك وهذا كما اذا صدقه المقذوف فانه يبطل لمعنى ظهور ان المقذوف لم يتعقد موجبا
الحد بخلاف العفو عن القصاص يسقط بعد وجوبه لان المغلب فيه حق العبد ومنها انه لا يجوز الاعتياض عنه عندنا وبه
قال مالك ومنعه بجوز وهو قول احمد ويجري فيه التداخل عندنا وبه قال مالك حتى لو قذف شخصا مرات او قذف
جماعة كان فيه حد واحد اذا لم يتخلل حد بين القذفين ولو ادعى بعضهم تحد فيما شاء احد ادعى امنون كل ذلك الحد وعند
الشافعي لا يجري فيه التداخل ومن ابي يوسف في المفوض قول الشافعي وهو انه يصح عفو المقذوف ومن اصحابنا
من قال ان الغالب في حد القذف حق العبد الى اخر ما تقدم من بيان الاصل المختلف فيه وتفريع الاحكام المختلف فيها
في الخلاف فيه هو الاظهر من جهة الدليل والاشهر انه قول عامة المشايخ وذهب صدر الاسلام ابو اليسر الى ان المغلب
فيه حق العبد لقول الشافعي وخرج الاحكام المختلف فيه على غير ذلك اما توجيه ان حق العبد غالب فلان اكثر الاحكام
مبني عليه والمعقول شهد له وهو ان العبد ينتفع به على الخصوص وتدفع بحمد في الاصل ان حد القذف حق العبد لكن القاضي
واما تخريج الاحكام فانا فوض الى الامام ان كل احد لا يهتدي الى الضرب الواجب اولانه رعاية يزيد المقذوف في قوته
لحمقه فينتفع مبلغا واما الا يورث انه مجرد حق ليس مالا ولا بمنزلته فهو كخيار الشرط وحق الشفعة بخلاف القصاص على
ما قدمناه وانما لا يصح عفوه لانه عفو عما هو موصول عليه فيه وهو الاقامة ولانه متعنت في العفو لانه رضي بالعار والرضي بالعار
عار وهذا كما ترى يخرج لبعض الفروع المختلفة ثم ما يخفى ما في تخريجه على عدم صحة العفو اذ لا يخفى ان كون المقذوف ينتفع به
على الخصوص ممنوع بل فيه صيانة اعراض الناس عن خصوص القاذف وصيانة اعراض بعضهم عن بعض على العموم وان العفو
لا يستلزم الرضى بالعار بل قد لا يرى الانسان بالكره عليه فاعله وكونه مولى عليه انما هو في نفس الفعل للتهمة
بسبب خفته فلا ينفي ان يعفو فلا ينعاه لك اصلا وما ذكرناه في ترجيح تغليب حق الدار وجه مما في الخبازية ان شاء الله تع
وقول محمد ان وقع في موضع انه حق الناس فقد وقع في آخر انه حق الله تعالى ومن اقر بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه
لان للمقذوف فيه حقا فيكذبه في الرجوع بخلاف ما هو خالص حق الله تعالى لانه لا مكذب له فيه فيقبل رجوعه واما
التعليل بانه بالاقرار انحق الشين بالغير وبالرجوع يريد ان يبطل حق الغير فالمعنى انه اثبت حق الغير ثم يريد ان يبطله
فلا يقبل منه ويشكل عليه الرجوع في الاقرار بحق الله تعالى وكونه الحق الشين اثر له بل الحاصل انه لما الحق الشين ثبت حق
الادمي فلا يقبل ابطاله فالحاق الشين اثيره في اثبات حق الادمي ليس غير ثم امتناع الرجوع ليس الا لتضمنه ابطال حق
الغير ومن قال لعربي يا نبطي او قال لست لعربي احد وكذا اذا قال لست من بني فلان وقال مالك رحمه الله
حد اذا نوى الشتم وعنه اذا قال يا رومي لعربي او فارسي او يا فارسي لرومي او عربي او يا ابن الخياط وليس في ابائه
خياط حد قلنا العرف في مثله ان يراد نفي المشابهة في الاخلاق او عدم النصاحة واما قذف امه او جدته من حدائه
الدنية فاشتم به فاذا لم يتعارف مثله في القذف اصلا جعل في الغضب اشتما بهذا القدر ولان النبطي قد يراد به
النسبة الى المكان على ما قال في ديوان الادب النبط قوم ينزلون بسواد العراق فهو كما لو قال يا رستاقي يا دهقاني
عرفنا اي يا فزوري يا حمد به وقال الفقيه ابو الليث النبطي رجل من غير العرب ومن قال لرجل يا ابن
السماء ليس بقاذف ولذا اذا قال يا ابن مرتفع او يا ابن حلال مان الناس يذكرون هذا لقصد المدح في السماء يقال به
لعامر ابن حارثة الغطريف الازدي لانه وقت القحط كان ينعم ماله مقام القطر فهو كما السماء عطاء وجودا ومن يقينا
لقب به ابنه عمرو لانه كان عرق كل يوم حين يلبسها فيكره ان تعود الى لبسها ويكره ان يلبسها غيره وهو من ملوك

غسان وعلى هذا فالاليق ان يكون قول القائل يا بن مرتفيا للذم بالسرف والاعجاب لكن عرف العامة في مثله
انه جود وقد لقب بما السما ايضا للحسن والصفاء به لقبت ام المنذر ابن امرء القيس لذلك وقيل لولد هابنوا ما السما
قال زهير وارث الملوك من آل نصر وبعدهم بنو ما السما وجمع المصنف بينهما حيث قال لانه ما السما لقب به لصفا
وسخاية واما جلا فقد استعمل مرادا به انسان في قول سحيم انا ابن جلا وطلاع الثنايا متى اضع العمامة تعرفوني
وكلام سيبويه يفيد انه ليس علما له بل وصف حيث قال جلا هنا فعل ماض كانه قال انا ابن الذي جلا اي برح وكشف واما
قول الفلاح ان الفلاح بن جلا فيحتمل كونه علما لصباد كونه وصفا ايضا فانه انما يراد به التشبيه في
كشف الشدايد واماطة المكاره فلا يكون قد فاهذا وقد ذكرانه لو كان هناك رجل اسمه ما السما لعني وهو معروف
بحد في حال السباب بخلاف ما اذا لم يكن فان قيل اذا كان قد سمي به وان كان للمسمى والصفا فينبغي ان تحالة الغضب
يحمل عليه النفي لكن جواب المسئلة مطلقا فالجواب انه لما لم يعهد استعمال ذلك القصد عليكن ان يحمل المراد به في حالة
الغضب التهكم به عليه كما قلنا في قوله لست بعربي لما لم يستعمل في النفي يحمل في حالة الغضب على سبب نفي النجا عة
والسخا عنه ليس غير وان نسبه لعمه او خاله او زوج امه فليس بقاذف لان كل واحد من هؤلاء قد يسمى ابا فالاول
وهو تسمية العم ابا لقوله تعالى واتبعت ملة ابائي ابراهيم واسمعيل واسحاق واسمعيل كان عما له اي ليعقوب عليهم الصلاة
والسلام والثاني لقوله عليه السلام اب فانه هو غريب غير ان في كتاب الغرر ومن ابن شجاع الديلمي عن عبد الرحمن
عمر مرفوعا الخال والد ومن لا والد له والثالث للتربية وقيل في قوله تع ان ابني من اهلي انه كان ابن امراته
ومن قال لغيره زنأت في الجبل وقال عنيت صعدت الجبل والحالة هذه الغضب وينظهر ان هذا القيد مراد ايضا عند
وعند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يحد لان المهموز منه للصعود حقيقة قال امرأة من العرب وارق
الى الخيرات زنا ان كان يهمز فيقال زنأ في الجبل والا فزنا وان كان ماسلف لان ذكر الجبل يقرر الصعود ومرادا قالت
امرأة من العرب هو في قال ابن السكيت قالت امرأة من العرب تزقف ابنا لها اشبه ابا ابك او اشبه عمل
ولا تكونن كهلوف وكل يصيح في مضجعه قد ابحدل وارق الى الخيرات زنا في الجبل واما في قول تمارة
اطلاح المنطق فقال انا هي لرجل راى ابنا له تزقصه امه فاخذه من يدها وقال اشبه ابا ابيك الابيات وهذا
الرجل قيس بن عاصم المنقري اي لكن مثل في امك او مثل عملي لحذف المضاف اليه والمراد لكن مثل ابي امك او مثل
وكان ابو امه شريفا سيدا وهو زيد الفوارس بن ضرار الضبي وامه منفوسة بنت زيد الفوارس قال فاخذته
امه بعد ذلك فجعلت تزقصه وتقول اشبه اخي او شبهن ابا كا اما الى فلن تنالا كا تقصد عن شاله بيدا كا
والهلوف بكسر الها وتشديد اللام مفتوحة الثقيل الوكل الذي يتكل على غيره فيما يحتاج اليه وذكر في النهاية
وذكر في النهاية قوله او اشبه جمل بالجيم وقال اسم رجل هو ابو حي من العرب وهو جمل بن سعد والوكل العيان على غيره
ولها انه يستعمل في الفاحشة مهموزا ايضا على ما اسلفناه ان من العرب من يهمز الملين اي الكيف في غير التقاء
الساكنين كقولهم الجاء وحذف هامة هذا العالم ومنه قوله صبرا فقد هيجت شوق الشامق لانه اسم
فاعل وزال المانع من الكسر بالهمز واما نحو قطع الله أدبه اي يديه فالتمثيل به بناء على ان المراد بحرف اللين او اللين
حرف العلة لكن الاصطلاح على انه حرف العلة بعد السكون وقد يهمز ولهذا الالتفات على حده وان كان على خلاف
القاعدة يقال دابة شابة وفره ولا التفات لمن يشاذ اذا كان بحيث يقال بمعنى الفاحشة ومعنى الصعود فحالة الغضب
والسباب تعين الفاحشة مرادا وهذا ما ذكرنا من انه سيظهر ارادة قيد الغضب في جواب المسئلة فكان كما قال يا زاني
او زنأت فانه بحد اتفاقا قوله وذكر الجبل الصعود مرادا قلنا انما يعين ذلك اذا كان معروفا بالكلمة على فيقال
زنأت على الجبل ولا يخفى انه مما يمنع بل يقال زنأت في الجبل بمعنى صعدت ذكره في الجمهرة وغيرها والبيت المعلوم
ان المراد فيه ليس الا الصعود وهو بلفظ في بل الجواب منع ان ذكر الجبل معين الصعود فان الفاحشة قد تقع في الجبل
اي في بعض بطونه وعلى الجبل اي فوقه كما قد يقع على سطح الدار ونحوه فلم يكن ذكره قرينة مانعة من ارادة الفاحشة
فبقي الاحتمال بحاله ويترجح ارادة الفاحشة بقرينة حال السباب والمخاصمة ولو قال زنأت على الجبل او الى بحالة
اي في حالة الغضب قبل لا يحد لما قلنا انفا ان ذكر لفظه على لا يعين كون المراد الصعود وقيل يجب للعين الذي ذكرناه

وهو حالة الغضب والسباب وهو الاوجه وقد عرف من تعبير جواب المسئلة بحالة الغضب ان في حالة الرضا
لا يجب الحد اذا اعترف بالشك بل الاعتبار في الظاهر عدم ارادة السبب ومن قال لآخر يا زاني فقال الآخر بل انت
فافهم بعد ان اذا طالب كل منهما الآخر لانهما قاذفان واذا طالب كل الآخر وانبت ما طالب به عند الحاكم لزمه حق الله تع
وهو الحد فلا يتمكن واحد منهما من اسقاطه فيحد كل منهما خلاف ما لو قال له مثلا يا خبيث فقال له انت فانه لا يحد
كل منهما للآخر لان التعزير لحق الآدمي وقد وجب له عليه صاحبه للآخر فتساقطا اما كون الاول قاذفا فظاهر واما
الثاني فلان معناه بل انت زان ولذا لو كان المجيب عبدا حد هو خاصة لانه قاذف بقوله بل انت والحد وان كان قاذفا
ايضا لكن لا يحد بقذف العبد قال المصنف اذ في حكمة بل عطف تستدرك به الغلط يعني في التراكيب الاستعمالية فيصير
الخبر المذكور في الاول اي في التركيب الاول اذا كان خبرا مذكورا في الثاني فاذا قال زيد قام او قام زيد بل عمرو فقد رفع
عمرو في التركيب الاول موضع زيد فيصير ذلك الخبر وهو الفعل المتاخر او المتقدم خبرا عنه ولم يرد بالاول لفظا يا زاني بل
هو اعطاء النظير معنى اي هو كما ذكرنا وافاد كان كذلك فيصير واصفا للمتكلم الاول بما وصفه به واخبر عنه به معنى كان
يا زاني في معنى ادعوك وانت زان ومن قال لامراته يا زانية فقالت بل انت حدت المراة خاصة اذا نازعا
والعان لانها قاذفة وقذف الرجل زوجته يوجب اللعان وقذفها اياه يوجب الحد عليها والاصل ان الحدين اذا اجتمعا
وفي تقديم احدهما اسقاط الآخر وجب تقديم اخيرهما للدرء واللعان قايم مقام الحد فهو في معناه وفي تقديم حد المراة
بطل اللعان لانها تصير محدودة في قذف واللعان لا يجري بين المحدودة في القذف وبين زوجها لانه شهادة وهو لا شهادة
للمحدود في القذف وبتقديم اللعان لا يسقط حد القذف عنها لان حد القذف يجري على الملاعنة ولهذا قال الهازانية
بنت الزانية فخاصمته الام لم يسقط اللعان لانه شهادة ولو خاصمته المراة او الاجنبي سقطا فاذا خاصمته الام
بعده حد للقذف فقوله من الحد دراية اللعان الذي هو في معناه ولو كانت قالت في جواب قوله يا زانية زنيت بك
فلا حد ولا لعان لوقوع الشك في كل منهما لانه يحتمل انها اراد ت الزنا قبل النكاح فيكون قد صدقته في نسبتها الى الزنا
فيسقط اللعان لوقوع الشك في كل منهما لانه يحتمل انها اراد ت الزنا قبل النكاح فيكون قد صدقته في نسبتها الى الزنا
وقذفته نسبته الى الزنا ولم يصدقا عليه وهذا قوله وانعدامه منه اي انعدام التصديق منه فيجب الحد
دون اللعان ويحتمل انها اراد ت زنا ي ما كان من تمكين اياك بعد النكاح وهذا كلام يجري بين الزوجين في العادة يجري
مجاز الشاكلة مثل وجزاء سيئة مثلها فان فعلها سمعه بعد الزوجية ليس زنا كان الجزاء ليس سيئة ولكن اطلق عليه
اسمه للمشاكلة حين ذكر معه وعلى هذا الاحد على الا اذا لم تقذفه وجب اللعان لانه قذف زوجته فعلى تقدير يجب الحد
دون اللعان وعلى تقدير يجب اللعان دون الحد والحكم يتغير احد التقديرين بعينه متعذر فوقع الشك في
كل من وجوب اللعان والحد فلا يجب واحد منهما بالشك وهذا معنى قوله في ما قلنا اي من انه لا حد ولا لعان
ولولا ان مثل قولها معلوم الوقوع من المراة على كل من التقديرين عند ابتدايه اياها بالاعاظة لوجب حدها البتة
عينا بقذفها اياه اذ النسبة الى الزنا تنصرف الى الحقيقة ومذهب ان فعي في مثله الكتاب ان تحلف الزوجة
انها لم تزد الا اقرارا بالزنا ولم تره قذفه ويكتفي بيمين واحد في وجه وعلى الزوج لحده ونفيها كان هذا من ليس اقرارا
صحيحا بالزنا ويقولنا قال احمد ولو ابتدات الزوجة فقالت لزوجها زنيت بك ثم قذفها الزوج احد عليه
واللعان وهذا ظاهر ومن اقر بولد ثم نفاه فانه يلاعن فان النسب لزمه باقراره وبالنفي بعده صار قاذفا
للزوجة فيلاعن وان نفاه او اتم لقربه قبل اللعان يحد لانه لما اكذب نفسه بطل اللعان الذي كان وجب
بنفيه للولد لان اللعان حد ضروري صير اليه ضرورة التكاذب بين الزوجين في زنا الزوجة والاصل
فيه ان في اللعان ما هو الاحد القذف لانه قذفها فاذا بطل الحلف ببطلان التكاذب صير الى الاصل
فيجد الرجل وقوله وفيه خلاف ما ذكر في اللعان الذي ذكر في اللعان انه اذا اكذب نفسه بعد اللعان بنفي
الولد وتفريق القاضي حده القاضي وحل له ان يتزوجها وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف
هو محترم مؤبد وقوله والولد ولده في الوجهين اي ما اذا اقر بالولد بعد نفاه وما اذا نفاه او لاعن اقر به لاقراره
به سابقا فيثبت ولا ينتفي عما بعده ولا حتمال في الثانية فيثبت به بعد النفي وقوله واللعان يصح بدون قطع
النسب الى آخره جواب سؤال هو ان يقال ان سبب اللعان ليس الا نفي الولد فاذا لم ينتف كيف يجب اللعان فقال

ليس

ليس من ضرورة اللعان بنفي الولد قطع النسب الا يرى انه لو نفاه بعد ان طالت المدة بعد الولادة فانه يلاعن
ولا ينقطع النسب كما يصح بالولد اما لو ان قذفها بالزنا ولد فانه يلاعن ولا ولد هناك يقطع نسبه واما انه لو نفى نسب
ولد امراته الآيسة فانه ينتفي النسب فثبت انفكاك اللعان عن قطع النسب من الجانبين فصح لكن لا دخل له في الجواب
وان قال اي الزوج الذي جات زوجته بولد ليس بابني ولا ابنك فلا حد ولا لعان لانه اذا انكر انه ابنها
انكر الولادة فكان نفي كونه ابنه ونفاه اياه ونفي ولادتها سيصير قاذفا لانه انكار للزنا منها ومن
قذف امراة معها اولاد لم يعرف لهم اب او قذف الملاعنة بولد والولد حي وقت القذف او ميت فلا حد عليه
اما لو قذف ولد الملاعنة نفسه او ولد الزنا فانه يجد ولو انه بعد اللعان ادعى الولد لحد ما لم يحد حتى مات
فثبت نسبه الولد منه فقذفها بعد ذلك قاذف غيره او هو قبل موته حد ولا يحد الذي قذفها قبل تكذيب نفسه
ولد لو اقامت البينة على الزوج انه ادعاه وهو يكذبه يثبت النسب منه ويحد ومن قذفها بعد ذلك يحد لانها
خرجت عن صورة الزواني ولو قذفها الزوج فزانت وانت بينة انها كذبت نفسها حد هو لان الثابت بالبينة
كالثابت باقرار الخصم او معاينة وجه عدم الحد في ذات الاولاد قيام امارة الزنا منها وهي ولادة ولد لا اب له
فانها العفة نظرا اليها الى ان الامارة وهي ابو العفة شرط واعلم انه ان صح ما رواه الامام احمد وابو داود في
حديث هلال بن امية من قوله وقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لا يدعى ولدها الاب ولا يرمى ولدها ومن رماها او رمى
ولدها فعليه الحد وكذا ما رواه احمد ايضا من حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم
في ولد الملاعنة انه يرث امه وترثه امه ومن رماها جلد ثمانين ومن دعاه ولد زنا جلد ثمانين استعمل على
المذهب والائمة الثلاثة جعلوا قذف الملاعنة بولد كقذف الملاعنة بلا ولد ولو قذف امراة لم تعنت
بغير ولد فعليه الحد لعدم ثبوت الزنا وثبوت امارته فان قيل اللعان قايم مقام حد الزنا في حقها فكانت
كالمحدودة بالزنا فلا يجد قاذفها اجيب بانه قايم مقام حد الزنا بالنسبة الى الزوج لا بالنسبة الى غيره
فهي محصنة في حق غيره الا يرى ان اللعان في حقه قايم مقام حد القذف بالنسبة اليها لليها غيرها حتى قبلنا شهادة
واعلم خلاف في ذلك الا ان للشافعية في وجه انه اذا قذفها اجنبي بذلك الزنا الذي لاعنت به لا يحد
واعترض بان مقتضاه ان لا يحد الزوج لو قذفها بعد اللعان لان المنصوص في الاصل انه يحد بل الحق انها لم تسقط
احصانها بوجه وقولهم اللعان قايم مقام حد الزنا في حقها انما يقتضي ان لا يحد قاذفها لو كان سببه انه وجب عليها
الحد وجعل اللعان بدله ليس كذلك لانه لا يجب الحد مجردا دعوى الزنا على الزوج عن اثباته ليسقط احصانها
وانما هو لتشفي الصادق منهما حيث يقضي عن عذابه بان يضاف الى عذاب الزنا عذاب الاستشهاد اربع
الموكدة بالايمان المغلوظة او يضاف ذلك الى عذاب الافتراء والقذف على ما اذا كان بنفي الولد لانا امرنا
الزنا فانية فاوجبت ذلك وقد اول قولهم بما لا يشرح صدرا ولا يرفع اصرا فالحق ان كونه قايما مقام حد
القذف في حقه ظاهر غير محتاج الى تاويل واما الجانب الآخر فليه تشاهل لا يرتفع به ورود السوال
انما هو بناء على انه كلام تحقيقي على ظاهره وليس كذلك فلا ورود له ومن وطي وطيا حراما في غير ملكه
لم يجد قاذفه لعدم ان احصان العفة وهو شرط الاحصان شبهة بالشرط لما لم يكن بحيث يحصل عنده الاحصان بل هو
مجموع امور العفة احدها ظهر جزء الاحصان بالحقيقة وان القاذف صادق وان الوطي في غير الملك زنا
لذاته فيل وهو قاصر عليه ما اذا قذفه بذلك الزنا بعينه او اطلق قذفه لغير فانه لا يعلم صدقه فيه فيحد
والحكم ليس كذلك بل المنصوص ان من قذف زانيا احد عليه سواء قذفه بذلك الزنا بعينه او بزنا اخر اذا هم نصت
عليه في اصل المبسوط خلافا لابي ابرهيم وابن ابي ليلى وجه قولك ان النص انما اوجب الحد من رمى المحصنات ومعنى المحصنين
والزنى لا يبقى الاحصان فرميه رمي غير المحصن وانا نقول يوجب الحد فيه نعم هو محصور وانما يعود التوبة فيعود
والاصل فيما يعرف به حال الوطي المحرم الذي يسقط الاحصان والوطي المحرم الذي لا يسقط ان من وطي وطيا محرما
لغيره يجد قاذفه لانه وان كان محرما ليس بزنا اذا المعرف هنا فالمحرم لغيره هو الوطي في غير الملك من كل وجه لوطي
الاجنبية والمكره اعني ان الموطوءة اذا كانت مكرهة يسقط احصانها فلا يجد قاذفها لانعدام الاكراه يسقط الاثم والحكم

الفعل به من ان يكون زنا فلذا سقط احصانها كما يسقط احصان المكره بالوطء ذكره في المبسوط وامة غيره
او من وجه كالامة المشتركة بين الواطئ وغيره وكذا الوطئ في الملك والحرمة مؤبدة كوطئ امته التي
هي اخته من الرضاع ولو كانت الحرمة موقتة كالامة المزوجة والامة المجوسية ووطئ امتيه الاختين
او الزوجة في حالة الحيض او النفاس فالحرمة لغيره وابو حنيفة يشترط في ثبوت حد القاذف للواطئ
في الحرمة المؤبدة كون تلك الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع كموطوءة ابيه بالنكاح او ملك اليمين لو تزوجها
الابن واشتراها فوطئها لا يحد قاذفه وكذا اذا تزوج امرأتين لا يحل له الجمع بينهما في عقدة او جمع بين اختين وطيا
بملك يمين او نكاح او بين امرأة وعمتها او خالتها او تزوج امة على حرة او عكسه في العقد فوطئ الامة
فلا حد عليه قاذفه خلافا لما لو نظر الى فاخذ فرج امرأة او مسها بشهوة بحيث انتشر معه ذكره ثم تزوج بنتها
او امها او اشتراها فوطئها فحد قاذفه عند ابي حنيفة وهو قول الائمة الثلاثة وابي يحيد عندهما لان بدل الحرمة
في اعتبار الاختلاف كالواشتري مزنية ابنه فوطئها يسقط احصانه وحرمة المصاهرة بالزنا مختلف من العلماء
وابو حنيفة انما يعتبر الخلاف عند عدم النص على الحرمة بان يثبت بقياس او احتياط كشبوتها بالنظر الى الفرج
والمس بشهوة لان ثبوتها لاقامة السبب مقام المسبب احتياطا في حرمة ضعيفة لا ينتفي بها الاحصان
الثابت بيقين بخلاف الحرمة الثابتة بزنا الاجماع على ثبوته بظاهر قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم فلا يعتبر
الخلاف فيها مع وجود النص وكذا وطئ الاب جارية ابنه يسقط للاحصان وقوله او بالحديث المشهور شامل
حرمة وطئ المنكوحة للاب بلا شهوة على الابن بناء على ان النكاح الا شهود ولذا لم يعرف
فيه خلاف من الصحابة وحرمة وطئ امته التي هي خالته من الرضاع او امته لقوله عليه الصلاة والسلام يحرم
من الرضاع ما يحرم من النسب قوله ببيانه شروع في تفريع فروع اخر على الاصل اذ اقذف رجلا وطئ
جارية مشتركة بينه وبين غيره لا حد عليه لانعدام الملك من وجه فالقاذف صادق من وجه فيندرئ الحد
للشبهة المقارنة لثبوت الوجه خلاف رجوعه فانه وان كان الرجوع يوجب شبهة في الاقرار الاول لا يجعل
هنا فانه لما لم يقارنه بل وقع متاخرا والتزم ان بالاقرار يتقرر حق الادمي لم تقبل الشبهة اللاحقة لان الشبهة
اللاحقة بعد تقرر حق الادمي لا ترفعه فلهذا لم يعتبر الرجوع عاملا في اسقاط الحد قوله وكذا اذا قذف امرأة
زنت في نصرانيته او رجلا زنى في نصرانيته فانه لا يحد والراد قذفها بعد الاسلام بزنا كان في نصرانيتها
بان يقال زنيت وانت كافرة ولكن الوقاله لعشر زنيت وانت عبد لا يحد كما لو قال قذفتك بالزنا وانت كتابية
او امة فلا حد عليه لانه انما اقر انه قذفها في الحال لو علمنا منه صريح القذف لم يلزمه حد لان الزنا يتحقق من
الكافر ولذا ينام الجلد عليه حد بخلاف الرجم على ما مر ولا يسقط الحد بالاسلام ولذا العبد والحر سيان من
حيث يقام عليه الحد اولا حتى ان الكافر الحربي اذا زنى في دار الحرب ثم اسلم فقذفه لا يحد لان الزنا تحقق منه و
ان لم يتم عليه الحد فيكون قاذفه صادقا وانما ارتفع بالاسلام الاثم دون حقيقة الزنا ولو قذف رجلا الى
امته وهي مجوسية او مزوجة او المشتراه شراء فاسدا او امراته وهي حائض او مظاهر منها او صائمة صوم فرض وهو
عالم بصومها او مكاتبته فعليه الحد لان الشراء الفاسد يوجب الملك بخلاف النكاح الفاسد لانه ليس فيه ملك
فلذا يسقط فيه احصانه بالوطئ فيه فلا يحد قاذفه لان الحرمة في كل هذه التقادير موقتة مع قيام الملك
فكانت قبيحة لغيره فلم يكن زنا لان الزنا ما كان بلا ملك فالراجع الى ان واجهها او ما ملكت ايمانهن فانهن
غير ملومين وعن ابي يوسف ان وطئ المكاتبة يسقط الاحصان وهو قول زفر لان الملك زايل في حق الوطئ ولهذا
يلزم السيد العقر لها ولو ينفي الملك شرعا من وجه لما لزمه وان حرم كوطئ امته المجوسية والحايض ونحن نقول
ان قلتم ان ملك الذات انتفى من وجه فالشركة ممنوع وان عنيتم ان ملك الوطئ انتفى سلنا ولا يستلزم ثبوت
الحد كالامة المجوسية فثبت ان الحرمة لغيره اذ هي موقتة ووجوب العقر لابدال على سقوط الاحصان كالراهن اذا
وطئ امته المرهونة وهي بكر يلزمه العقر ولا يسقط الاحصان ذكره في المبسوط ولو قذف رجلا وطئ امته وهي اخته
من الرضاع لا يحد لان الحرمة مؤبدة وقوله وهذا هو الصحيح احتراز عن قول الكرخي فانه يقول بوطئها يسقط الاحصان

وهو قول مالك واحمد والشافعي رحمهم الله لقيام الملك فكان كوطئ امته المجوسية وجه الصحيح ان الحرمة في
المجوسية وغيرها يمكن ارتفاعها فكانت موقتة اما حرمة الرضاع لا يمكن ارتفاعها فلم يكن الحل قائما للحال اصلا فكيف
يجعل لغيره قوله ولو قذف مكاتبا مات وترك وفاء لا حد عليه لتمكن الشبهة في شرط الحكم وهو الاحصان
لاختلاف الصحابة في انه مات حرا او عبدا فاورث شبهة في احصانه وبه يسقط الحد والاصل فيه ان من
يعتبر الحرية من الاحصان قوله ولو قذف مجوسيا تزوج بامه الى اخره يعني لو تزوج مجوسي بامه او بنته
ثم اسلم فنسخ نكاحها فقذفه مسلم في حال اسلامه يحد عند ابي حنيفة بناء على ما مر من ان نكحتهم لها حكم الصحة عند
ابي حنيفة وقالا لا يحد بناء على ان ليس لها حكم الصحة وقولهما قول الائمة الثلاثة وقد مر في كتاب النكاح في باب
نكاح اهل الشرك قوله واذا دخل الحربي دارنا بامان فقذف مسلما حد لان فيه حق العبد وقد التزم حقوق
العباد ولانه لجمع بين ان لا يوذى فيكون متلتزما بالضرورة ان لا يوذى وفي بعض النسخ طبع ان لا يوذى فكان
ملتزما ما يوجب اداه وهو الحد قوله واذا حد المسلم في قذف سقطت شهادته وان تاب عندنا لان رد شهادته
عندنا من تمام حده خلافا للشافعي رضي الله عنه فعنده تقبل شهادته اذا تاب كالتايب من الشرب وغيره
من المعاصي وهي خلافيه تعرف في الشهادات ان شاء الله تعالى قوله واذا حد الكافر في قذف لم تقبل شهادته
على اهل الذمة وهذا لان الشهادة على جنسه على ما عرف عندنا ورد الشهادة من تمام حد القذف فترد شهادته عليهم كما ان اسلم
قبل شهادته عليهم وعلى المسلمين لان هذه شهادة استفادها بعد الاسلام فلم تدخل تحت الرد لان النص يوجب رد شهادته
القائمة وقت القذف وليست هذه تلك فلم تدخل تحت الرد بخلاف ما لو ارتد المحدود ثم اسلم لا تقبل شهادته
لانه صار مردود الشهادة ابدا والردة ما زادته الا شرا فالاسلام لم تحدث له شهادة بخلاف الكافر الاصلي
ولهذا قبلت مطلقا على اهل الاسلام وغيرهم وجه الدفع ما قيل ينبغي ان لا يقبل بعد الاسلام على اهل الذمة لانها كانت
موجودة قبله وقد ردت بالقذف قلنا ان هذه اخرى قائمة على الكل لانها على اهل الاسلام فقط او على المسلمين وبتبعيتهم
على الكفار وهذا بخلاف العبد اذا حد في قذف ثم اعتق فانه لا يقبل له شهادة ابدا لانه لم يكن له شهادة في تلك الحالة الذي
وقد وجب الحد عليه وهو برد شهادته مع الجلد فينصرف الجلد وما حدث له من الشهادة بعد العتق هذا ولقائل ان يقول
ان مقتضى النص عدم قبول كل شهادة له حادثة او قايمة لانه تعالى قال فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا
والحادثة شهادة واقعة في المال فمقتضى النص ردها والجواب ان التكليف بما في الوسع في كل برد شهادته والامتثال
انما يتحقق برد شهادة قايمة ان كانت والا في حدث فاذا كانت لا شهادة قايمة فردت تحقق الامتثال وتم فلو
حدثت اخرى فلو ردت كان بلا مقتض اذ الموجب اخذ مقتضاه قوله وان ضرب يعني الكافر سوطا في حد ثم
اسلم ثم ضرب ما بقي جازت شهادته لان رد الشهادة من تمام الحد فيكون صفة له اي الحد والمقام بعد الاسلام بعض الحد
وبعض الشيء ليس هو ذاك الشيء فلم يكن رد الشهادة صفة له وعن ابي يوسف انه ترد شهادته اذا الاقل تابع للاكثر والاول
اصح لما ذكرنا وعرف انه لو اقيم عليه الاكثر قبل الاسلام ثم اسلم واقيم الباقي تقبل شهادته عندا بي يوسف ايضا واورد
عليه كما ان المقام بعد الاسلام بعض الحد كذلك المقام قبل الاسلام فينبغي ان لا يكون صفة وايضا جعله صفة
لما اقيم بعد الاسلام مردود لما ان العلة اذا كانت ذات وصفين بالاعتبار للوصف الاخير اجيب بان النص ورد
بالامر بالجلد والنهي عن القبول وليس احدهما مرتبا على الاخر فتعلق بجعل كل منهما ما يمكن والممكن رد شهادة قايمة الحال
فيتغير النهي به وهذا كما ترى لا يدفع الوارد على قوله صفة له بل هو تقدير اخر حاصل هذا ما ذكر في الاصل والمبسوط
قال لا تسقط شهادة القاذف ما لم يضرب تمام الحد اذا كان عبدا ثم قال والحد لا يتجزى قاد ونه يكون تغزيرا
لا حدا والتغزير غير مسقط للشهادة قال وفي هذه المسئلة عن ابي حنيفة ثلث روايات احديها ما ذكرنا وهو قولهما والثانية
اذا اقيم عليه اكثر الحد سقطت اقامة الاكثر مقام الكل وهي التي ذكرها المصنف عن ابي يوسف والثالثة اذا ضرب سوطا
واحدا اسقطت قال وهذه الروايات الثلاث في الضرائب اذا اقيم عليه بعض الحد ثم اسلم على ما ذكر في الجامع الصغير
قوله ومن زنى او شرب او قذف غير مرة فحد فهو كذلك ظاهر سواء قذف واحدا مرارا او جماعة بكلمة كقوله انتم زناة
او بكلمات كان يقول له يا فلان انت زان وفلان زان حتى اذا حضر واحد منهم فادعى وحد لذلك ثم حضر آخر فادعى انه

فتفه لا يقام اذا كان تقذف قبل ان يجد لان حضور بعضهم للخصومة كحضور كلهم فلا يجد ثانيا الا بقذف اخر مستانف
وحكي ان ابن ابي ليلى سمع من يقول لشخص يا ابن الزانيين فجده حدين ثم في المسجد فبلغ ابا حنيفة فقال يا للعجب لقاضي بلدنا
احط اخذ مسلم وامر في خمس مواضع احدها ان يجلده بدون طلب المقذوف والثاني انه لو خاصم وجب حد واحد والثالث انه
ان كان الواجب عنده حدين ينبغي ان يتربص بينهما يوما او اكثر حتى يخف اثر الضرب الاول والرابع ضربه في المسجد
والخامس ينبغي ان يتعرف والديه في الاحياء او ان كان حيين فالخصومة لهما والا فالخصومة للابن ومن فروع الداخل
انه لو ضرب القاذف فسقه وسبعين سوطا ثم قذف قذفا اخر لا يضرب الا ذلك السوط الواحد للتداخل لانه اجتمع الحدان
لان كل الحد الاول بالسوط الذي بقي وسنذكر منه ايضا في فروع تختم بها وقوله غير مرة يتعلق بكل واحد من الثلاثة اي من
زنى غير مرة او شرب غير مرة او قذف غير مرة لحد مرة فهو لذلك كله مما سبق منه وعندنا في ان قذف جماعة بكلمة كذلك
في قول وان قذفهم بكلمات او قذف واحدا مرات يزنا اخر يجب لكل قذف حد وعند الائمة الثلاثة يكفي حد واحد كيف ما كان
وبقولنا قال مالك والثوري والشعبي والنخعي والزهري وقتادة وحماد وطاوس واحد في رواية وفي رواية كقولنا ان اتحى
الذي ذكرناه انفا واحتجا بان مقتضى الآية ترتب الحكم على الوصف بالعلية فيتكرر بتكرره على ما عرف في الاجديد للشافعي
لا يتداخل ولو قذفهم بكلمة واحدة لما ذكرنا وانه حق آدمي ولنا ما ذكرنا من قوله اما الاولان وهو كل من الزنا والشرب
فلان القصد من اقامة الحد حقا لله تعالى الزجار عن فعله في المستقبل واحتمال حصوله بالحد الواحد للقائم بعد الزنا
المتعدد منه والشرب المتعدد قائم فيتمكن شبهة فوات المقصود في الثاني والحدود تندرئ بالشبهات بالاجماع خلافا
لما ازفر فحد الخمر في حد آخر لتيقننا بعدم انزجاره بالاول والجواب عما استدل به ان الاجماع لما كان على دفع الحدود
بالشبهات كان معيدا لما اقتضته الآية من التكرر عند التكرر بالتكرر الواقع بعد حد الاول بل هذا ضروري فانك
علمت ان المخاطب بالاقامة في قوله فاجلدوهم الآية وكل يتعلق بهم هذا الخطاب الا بعد الثبوت عندهم فكان حاصل
النص ايجاب الحد اذا ثبت السبب عندهم اعم من كونه بوصف الكثرة او العلة فاذا ثبت وقوعه منه كثيرا كان
موجبا لجلدة اوثمانين ليس غير فاذا جلد ذلك وقع الامتثال ثم هو ايضا ترك مقتضى التكرر بالتكرر وفيما اذا قذف واحد
مرة ثم قذفه ثانيا بذلك الزنا فانه لا يجده مرتين وفي حد الزنا والشرب فالحق ان الاستدلال له بالآية لا يخلصه فانه
يلجئ الى ترك مثلها من اية حد الزنا فيعود الى ان هذا حق آدمي بخلاف الزنا فكان المبنى اثبات انه حق الله او حق آدمي فاذكر
المصنف اخصر واصوب وقوله واما القذف فالمغلب فيه حق الله تعالى فكان ملحقا بالاعم الاغلب لا حاجة الى الحاقه بل عين الدليل المذكور
يجري فيه وهو انه حد شرع حفاظا سبحانه وتعالى للمقصود الاتي وعن الاعراض فحيث اقيم تبتت شبهة الى اخر ما ذكره
وفي العبد في الخصومة فيه دون غيره وقوله بخلاف ما اذا زني وقذف وسرق ثم اخر يعني وثبتت الاسباب عند
الحاكم حيث يجب الحدود المختلفة كلها لاختلاف المقصود من جنس من اسبابها فان المقصود من حد الخمر صيانة العقول ومن
حد الزنا صيانة الانساب ومن حد القذف صيانة الاعراض ونبت كل بخطاب يخصه فلو حدد نا في الخمر والقذف
حدا واحدا عطلنا نصا من النصوص عن موجبه **فروع** ثبتت عليه باقراره الزنا والسرقة والشرب والقذف
وفقاء عين رجل بيد ابا القصاص في العين انه يحق حق العبد ثم اذا ابراه اخرجه فحده للقذف لانه مشوب بحقه
فاذا ابراه الامام باختيار انتفا بداهة الزنا وان شاء حد السرقة لان لا حق لله وهو ثابت بنص يتلى ويجعل
حد الشرب آخرهم لانه اضعف لانه بالاستتار وتعذر قول علي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسنه وكلما اقام
عليه حد احبسه حتى يبرأ لانه لو خلي سبيله ربما يهرب فيصير الامام مضيعا للحدود وهو معنى عمر ذلك وان كان
محصنا اقتص منه في العين وضرب حد القذف ثم رجمه لان حد السرقة والشرب محض حق لله تعالى ومتى اجتمعت
الحدود لحق الله تعالى وفيها قتل نفس قتل وترك ما سوى ذلك هكذا نقل عن ابن مسعود وابن عباس والمعنى المقصود الزجر
ولغيره وانما يكون منه باستيفاء النفس والاستئصال بما دونه لا يفيد الا ان يضنه السرقة لو اتلفها لانه وجب عليه
بلا حد وانما سقط الضمان للتعلق وان لم يوجد فلهذا ضمنه فيسوى ربا بيا بما سن تركته وان قام حد في المسجد وان قود
او تعزير وللقاضي ان اراد ان يقام محضر ته يخرج من المسجد كما فعل عليه الصلاة والسلام في الغامدية او يبعث امينا
كما فعل عليه الصلاة والسلام في ماعز وانما يستخلف في القذف اذا اقذه وفي شئ من الحدود لانه يقتضي الكمال وهو ممتنع

في الحدود لان التكول انما يذل البذل لا يكون الا في الحدود او قام مقام الاقرار والحد لا يقام بما هو قائم مقام غيره
خلافا للتعزير والقصاص فانه يستحلف فيه بسببها وليستحلف في السرقة لاجل المال فان نكل ضمن المال ولا يقطع
لان حقيقة السرقة اخذ المال سقط فيحلف على اخذ المال لا على فعل السرقة وعندنا كوله تقضي بوجوب الاخذ
وهو القطع كما لو شهد رجل وامرأتان بالسرقة ثبت الاخذ ولا يقطع واذا اقام المقذوف بينة بالقذف
سألها القاضي عن القذف ما هو وعن خصوص ما قال لان الرمي بغير الزنا قد يظنون قذفا فلا بد من استفسارهم
فان لم يزيدوا على قولهم قذفه لا يحد واذا شهدوا انه قال يا زاني ومن حد ولد حد فان لم يعرف القاضي عدالتهم حبس
القاذف حتى يزكوا لانه صار متهما بارتكاب ما لا يحل من اعراض الناس فيحبس لهذه التهمة ولا يكفل على ما تقدم
في الزنا فارجع اليه ولا يكفل في شئ من الحدود والقصاص في قول ابي حنيفة وابي يوسف الاول ولهذا حبسه
ابو حنيفة وفي قول ابي يوسف الاخر وهو قول محمد يوخذ منه الكفيل ولا يحبس عندهما في دعوى حد القذف
والقصاص ولا خلاف انه لا كفيل بنفس الحدود والقصاص لان النيابة لا تجزي في ايفائها والمقصود من الكفالة اقامة
الكفيل مقام المكفول عنه في الايفاء هذا لا يتحقق في شئ من الحدود فاما اخذ الكفيل بنفس المدعى عليه فعند ابي
حنيفة اذا زعم المقذوف ان له بينة حاضرة في المصر فكذلك لانه يأخذ منه كفيلا بنفسه ولكن يلازمه الى اخر
المجلس فان احضر بينة والا خلى سبيله وعند ابي يوسف ومحمد يأخذ منه كفيلا بنفسه الى ثلاثة ايام وقالا في القذف
في الدعوى والخصومة مثل حقوق العباد وفي اخذ الكفيل بنفسه نظر للمدعي من حيث يتمكن من احضار الخصم لاقامة
البينة عليه ولا ضرر فيه على المدعى عليه وابو حنيفة يقول هذا احتياط والحدود تحتاط في درئها لانها
وكان ابو بكر الرازي يقول مراد ابي حنيفة ان القاضي يجبره على اعطاء الكفيل فاما اذا سمحت نفسه به
فلا بأس بان تسلمه نفسه مستحق عليه والكفيل في الكفالة بالنفس انما يطلب لهذا الغرض فاما ان اقام شاهدا
واحدا لا يعرفه القاضي بالعدالة فهو كما لو لم يقم احدا لا يلازمه الليل اخر المجلس فان كان ظاهر العدالة حبسه
اذا قال لي شاهد آخر يومين او ثلاثة هذا المذهب استحسان وهذا كله عند ابي حنيفة لانه لا يرى الحالة بالنفس في الحدود وعندهما
يأخذ كفيلا بنفسه ولا يحبسه لان المقصود يحصل بذلك ولو اختلف الشاهدان على القذف في المكان والزمان لا تبطل شهادتهما
عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يمنع قبول الشهادة انه انشاء سبب موجب للحد فالم يتفق الشاهدان على السبب واحد لا تتفق
به كما لو اختلفا في اقراره بالقذف والتشابه له وابو حنيفة يقول القذف قول قد يكرر فيكون حكم الثاني حكم الاول فلا
يختلف المشهود به باختلاف المكان والزمان كالطلاق والعتاق وهذا هو الذي استحسنه
ان حكم الاقرار بالقذف يخالف حكم الاتيان بدليل ان من تزوج امرأة ثم اقر انه كان قذفها قبل النكاح عليه الحد ولو قذف
في الحال كان عليه اللعان ولو اختلفوا في اللغة التي وقع القذف بها من العربية والفارسية وغيرها بطلت شهادتهم
لان عند اختلاف اللغة يتمكن الاختلاف في الصراحة ونحوها ولذا لو شهد احدهما انه قال يا ابن الزانية والآخر يا ابن
الزانية ولو شهد احدهما انه قذفه يوم الخميس والآخر انه قذفه يوم الجمعة لا يحد ولا يقبل في اثبات القذف كتاب
القاضي ولا الشهادة على الشهادة ولو قال القاذف لغير المقذوف قذفته وتوبت القذف عند القاضي عندي بينة تصدق قول الجلاد
مقدار ما يقوم القاضي من مجلسه من ان يطلق عنه ويقال له ابعث الى شهودك وذكر ابن رستم عن محمد اذا لم يكن له من يأتي
بهم اطلق عنه وبعث معه بواحد من شرطه ليرده عليه وفي ظاهر الرواية لم يستقر الى هذا الان سبب وجوب
الحد ظهر عند القاضي فلا يكون له ان يوخر الحد لما فيه من الضرر على المقذوف بناخير دفع العار عنه والى آخر المجلس
قليل لا يتضرر لكن الناطفي قيد بان يحضر الجلاد وعن ابي يوسف انه يستأني به الى المجلس الثاني لان القذف موجب للحد بشرط
عجزه عن اقامة اربعة والعجز لا يتحقق الا بالسؤال كالمدعى عليه اذا ادعى لمعنا في الشهود يمهل الى المجلس
الثاني وجوابه ما قلنا وعرفنا انه لا يقبل منه الا اربعة فلو جاء بثلاثة حدهو الثلاثة فالوا تم لم يأتوا بأربعة شهدوا
فاجلدوهم فان شهد رجلان اورجل وامرأتان على اقرار المقذوف بالزنا بدء بالحد عن القاذف الحد وعن الثلاثة
لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة فكأنا سمعنا اقراره بالزنا الا ان المعتبر في الاقرار اسقاط الحد الا ترى انه
لو ذلك لا يمكنه ولو كثرت الشهود ولو زنا المقذوف قبل ان يقام الحد على القاذف او وطئ وطيا حراما على ما ذكرنا

او ارتد سقط الحد عن القاذف ولو اسلم بعد ذلك كان احصان المقذوف شرط فلا بد من وجوده وعند اقامة الحد وكذا اذا اخرس او عمه ولكن لا لزوال احصانه بل لعدم شهادة انطوكان ناطقا صادقا ولا يلزم القاضي الشهود ما لم يطلبوا منه ذلك في الحدود جنس اخر تقدم ان قوله انت ازنى من فلان او ازنى الناس احد عليه وهو من المبسوط وفي فتاوى قاضي خان قال ازنى الناس او ازنى من فلان عليه الحد ولو قال انت ازنى مني لا احد عليه ولو قال لها يا زانية فقالت انت ازنى مني حد الرجل وحده ولو قال لامرأته ما رأيت زانيه خيرا منك لا احد عليه وكذا لو قال لامرأة وطئك فلان وطيا حراما او مجوسيا او مجامعا لا احد عليه وكذا اذا قال لها ضربت انك زان او استهدت على ذلك ولو قال زنيت وفلان معك يكون قاذفا فالمعاينة العادة ان لا معية حالة الزنا فانصرف الى معية الفعل وفي الحضور ومن قال لست لابويك لا يكون قاذفا وهو ظاهر لست انسان لست برجل ليس فلان قاذفا رجل قذف ولده او ولد ولده لا حد عليه ولو قذف اباه او امه او اخاه او عمه حد قال لرجل قتل فلانا يا زاني فان قال الرسول للمرسل اليه فلان يقول لك يا زاني لا حد على الرسول والحد على المرسل وان قال له يا زاني حد الرسول خاصة ولو قذف ميته فصدقه ابنها ليس له ان يطالب بالقذف بعد ذلك ولو قال يا ابن العجام يا ابن الحائك لا حد ولو قال لرجل يا ابني لا حد عليه لانه تلطف وكذا يا ابن النصراني يا ابن اليهودي وفي الخلاصة عن مجموع النوازل رجل قال لغيره يا ميت لم يشتم بالحد ولم يزن فقال آخر هم كذوست لم يجد لانه ليس بالشتم المعهود من هذه الافعال ولو قاله يا ابن حمكرده است فكذلك لانه لم يعهم ولم يكنه ولو قال وي اين حمكرد است يكون قذفا ومعنى الاول فعل الكل ومعنى الثاني مثل هذا فعلا ومعنى الثالث هو مثل من كلا في الفتاوى قال لرجلين احدكما زان قيل له هذا موجب لحد احدهما فقال لا احد عليه لان اصل القذف لم يتم موجبا ولو قال لجماعة كلكم زان الا واحدا يجب على كل واحد ان يدعي بالا يعين المستثنى ومن فروع تداخل القذف ساقها المصنف في التجنيس عبد قذف حرا فاعتق فقذف آخر فاجتمعا ضرب ثمانين ولو جاء الاول وضرب اربعين ثم جاء الآخر ثم له الثمانين لان الاربعين وقع لهما بيقين الباقي اربعين ولو قذف آخر قبل ان يأتي به الثاني الثمانون يكون لهما جميعا وما ضرب ثمانين مستانفا لان ما بقي تمامه حدا الاحرار فجاز ان يدخل فيه الاحرار وهذا ما عندنا ولو قال لامرأة يا زوجي يحد ولو قال لخنثى فانه يعزر فصل في التعزير لما قدم الحدود المقدرة بالنصوص الفاظه وهي اولى ابتدأ التعزير الذي هو دون الحد واصله من العزر بمعنى الرد والدفع وهو مشروع بالكتاب قال تعالى واضربوهن فان الضعيف لا تتحقق اعليهن سبيلا امر بضرب الزوجات تأديبا وتهذيبا وفي الكافي قال عليه الصلاة والسلام ارفع عصاك عن اهلك وروي انه عليه السلام عزر رجلا قال لغيره يا مخنث وفي المحيط روي عنه عليه الصلاة والسلام قال رحم الله امرأ علق سوطه حيث يراه اهله وافتى من هذه الاحاديث قوله عليه السلام لا جلد فوق عشر الا في حد وسياتي وقوله واضربوهم على ترك الصلاة في الصبيان فهذا دليل شرعية التعزير واجمع عليها الصحابة وبالمعنى وهو ان الزجر عن الافعال السيئة كيلا تصير ملكات قبيحة وتستدرج الى ما هو افحش واجب وقدر التعزير شيء عن السر خفي اذ ليس فيه شيء مقدر بل مفوض الى راي القاضي لان المقصود منه الزجر واحوال الناس مختلفة فيه فمنهم من ينزجر بالتعريض ومنهم بالتصريح ومنهم من يحتاج الى الحبس وعن الشافعي التعزير على مراتب تعزير اشراف الاشراف وهم العلماء والعلوية ما لا علام وهو ان يقول له القاضي بلغني انك تفعل كذا فينزجر به وتعزير الاشراف وهم الامراء والدهاقين بالاعلام والجر الى باب القاضي والخصومة في ذلك وتعزير الاوساط وهم السوقة بالجر والحبس وتعزير الاضبة بهذا كله وبالضرب وعن ابي يوسف يجوز التعزير للسلطان باخذ المال عندما وباتي الائمة الثلاثة لا يجوز وبالي الخلاصة سمعت من ثقة ان التعزير باخذ المال كان في راي القاضي فذلك اي والي جائز ومن جملة ذلك رجل لا حضه الجماعة يجوز تعزيره باخذ المال مبني على اختيار من قال بذلك من المشايخ لقول ابن يوسف وقال التمرتاشي يجوز التعزير الذي يجب حقا لله تعالى لا حد بعلة النيابة عن الله تعالى وسيأتي ابو جعفر الهندواني عن وجد جلاسا مع امراة اجنبية قتله قال ان كان يعلم انه ينزجر عن الزنا بالصياح والضرب بما دون السلاح لا يقتله وان علم انه لا ينزجر الا بالقتل حل له قتله وان طاوعته المراة حل قتلها ايضا وهذا استحسان على ان الضرب تعزيرا يملكه الانسان وان لم يكن محتسبا وصنع في المستثنى بذلك وهذا لانه من باب ازالة المنكر باليد والشارع ولي كل احد ذلك حيث قال من راى منكم منكرا فليغيره بيده فان لم يستطع فبلسانه الحديث بخلاف الحدود لم يثبت تولية الا للولاة وبخلاف التعزير الذي حقا للعبد بالقذف

ونحوه فانه لو تاب قبله عفو المدعي لا يسقطه الا الحاكم لان بحكمه فيه ثم التعزير بما شرع فيه التعزير اذا راه الامام واجب وهو قول مالك واحمد وعند الشافعي ليس بواجب لما روي ان رجلا جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم وقال اني لقيت امراة فاصبت منها ما دون ان اطأها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اصليت معنا قال نعم فقال له ان الحسنات يذهبن السيئات وقال في الانصار اقبلوا من محسنهم وتجاوزوا عن مسيئهم وقال رجل للنبي صلى الله عليه وسلم في الحكم الذي حكم به للزبير سنتي ارضه فلم يوافق غرضه فان كان ابن عمتك فغضب صلى الله عليه وسلم ولم يعزره ولنا ان ما كان منصوصا عليه من التعزير كالتعزير في وطي جارية امراته او جارية مشتركة بجب امتثال الامر فيه وما لم يكن منصوصا عليه اذا راى الامام بعد مجانبته هوى نفسه المصلحة او علم انه لا يندرج الا به وجب لان الشرع شرع الزجر فوجب كالحد وما علم انه لا زجر بدونه لا يجب وهو محمل حديث الذي ذكر للنبي صلى الله عليه وسلم ما اصاب من امراة فانه لم يذكره للنبي صلى الله عليه وسلم الا وهو ناو ومن نوى حراما كان ذكره له ليس الا الاستفتاء بموجبه ليفعل معه وما حديث الزبير فالتعزير بحق ادمي هو الذي صلى الله عليه وسلم ويجوز تركه وفي فتاوى قاضي خان التعزير في حق العبد كما يرفع قوته يجوز فيه الابراء والعفو والشهادة على الشهادة ويجري فيه اليمين يعني اذا انكر انه لنبه يحلف ويقضي بالنكول ولا يخفى على احد انه ينتظم لما هو حق العبد وحق الله في حق العبد لا شك في انه يجري فيه صادكروا واما ما وجب منه حقا لله تعالى فقد ذكرنا آنفا انه يجب على الامام ولا يحل له تركه الا فيما علم انه ازجر للفاعل قبل ذلك ثم يجب ان يشفع عليه انه يجوز اثباته بمدع شهد به فيكون مدعيا شاهدا اذا كان معه آخر فان قلت في فتاوى قاضي خان وغيره ان كان المدعى عليه ذا مروة وكان اول ما فعل يوعظ استحسانا فلا يعزر فان عاد وتكرر منه روي عن ابي حنيفة انه يضرب وهذا يجب ان يكون في حقوق الله تع فان حقوق العباد لا يتمكن القاضي فيها من اسقاط التعزير قلت يمكن ان يكون محل ما قلت من حقوق الله تعالى والا فقضيته انه اذا كان ذا مروة فقد حصل التعزير بالجد الى باب القاضي والدعوى فلا يكون مسقطا لحق الله سبحانه وتعالى في التعزير وقوله وما يعزر يعني بالضرب في اول مرة فان عاد عزر بالقيد ويمكن كون محله حوادث جل اسنهم وهو ممن تعزيره بادكرنا وقد روي عن محمد في الرجل يشتم الناس ان كان له مروة وعظ وان كان دون ذلك حبس وان كان سباباً ضرب وحبس يعني الذي دون ذلك والمروة عندي في الدين والصلاح ومن قذف عبدا او امة او ولد او كافرا يازنا عزر بالاجماع الا في قول داود في العبد فانه يحد به وقول ابن المسيب في الذمية التي لها ولد مسلم فانه يحد به وانما عزر لانه اتى هذا الكلام جناية قذف وقد امتنع وجوب الحد على القاذف لفقد الاحصان فوجب التعزير ولكنا اذا قذف مسلما بغير الزنا فقاله يا فاسق او يا كافر او يا خبيث او يا سارق وشتمه بالصراحة او يا فاجر او يا زنديق او يا مخنث يا ابن فجبه يا فرطبان يا ابن من يعمل عمل قوم لوط او يا لوطي او انت تغلب الصبيان يا اكل الربا يا شارب الخمر يا ديوث يا مخنث يا خائن يا ماوي الزواني يا ماوي اللصوص يا منافق يا يهودي عزر هكذا مطلقا في فتاوى قاضي خان وذكر الناطفي وقيده بما اذا قال لرجل صالح اما انا فلست كذلك او قال للناسق او للص او للفاجر يا فاجر لا شيء عليه والتعليل يفيد ذلك وهو قولنا انه اذاه بما لحق به من الشين فان ذلك انما يكون فيمن لم يعلم اتصافه بهذا اما من علم فان الشين قد لحقه هو بنفسه قبل قول التاويل وقيل في يا لوطي ليسأل عن نيته ان اراد انه من قوم لوط فلا شيء عليه وان اراد انه يعمل عمل قوم لوط عزر في قول ابي حنيفة وعندهما يجد والصحيح انه يعزر ان كان في غضب قلت اذا هزل من يقول يا لوطي ولو قذفه باتيان ميتة او بهيمة عزر قال المصنف الا انه لا يبلغ بالتعزير غايته في الحاية الا في وطي هو ما اذا قذف غير المحصن بالزنا لانه مرجنس ما يجب به الحد وهو الزنا وفي الثانية وهو ما اذا قذفه بغير الزنا من المعاصي الرائي الى الامام ولو قال يا حمار او يا خنزير لم يعزر لانه لم ينسبه الى شيء معصية ولم يتعلق به شين اصلا بل انما الحق الشين بنفسه حيث كان كذبه ظاهرا ومثله يا بقر يا ثور يا حية يا بيس يا قرد يا ديب يا جحام يا بغا يا ولد حرام يا عيار يا كلس يا منكوس يا مسخرة يا صحكة يا كشحان يا ابله يا ابن العجام وابوه ليس بحجام يا ابن الاسود وابوه ليس باسود يا كلب يا رسقاني يا مواجر يا موسوس لم يعزر والحق ما قاله بعض اصحابنا انه يعزر في الكشحان اذ قيل انه قريب من معنى الفرطبان والديوث والمراد به وبالفرطبان في العرف الرجل الذي يدخل الرجال على امراته ومثله في عرف ديار مصر والشام المعرص والقواد وعدم التعزير في الكلب والخنزير ونحوهما هو ظاهر الرواية عن علمائنا الثلثة واختار الهندواني انه يعزر به وهو قول الائمة الثلثة لان هذه الالفاظ تذكر للشتيمة في عرفنا

وفي فتاوى قاضي خان في باب لا يعزر قال وعن الفقيه ابي جعفر انه يعزر لانه يعد شتيمة ثم قال والصحيح انه لا يعزر لانه كاذب قطعا انتهى وفي المبسوط قالوا العرب لا تعد شتيمة ولهذا يسمون بكلب وذيب وذكر قاضي خان عن امالي ابي يوسف في باب التعزير يراجعا ر يعزر ثم قال وفي رواية لا يعزر وهو الصحيح والمصنف استحسن التعزير اذا كان المخاطب من الاشراف فحصل بذلك المذهب وهو ظاهر الرواية لا يعزر ومختار الهندواني يعزر مطلقا والمفصل بين كون المخاطب من الاشراف ويعزر وبالعكس او لا يعزر في ظاهر وفي قدر قيل وفي قيد واذا اظن انه يشتم بها ابله ولم يعزر وروايه

اكثر تسعة وثلاثون سوطا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يبلغ به خمسة وسبعون سوطا والاصل فيه نقصه عن الحدود قوله عليه السلام من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين ذكره البيهقي ان المحفوظ انه مرسل واخرجه عن خالد بن الوليد عن النعمان بن بشير ورواه ابن ماجة في فوايده حدثنا محمد بن جعفر الاصبحي ثنا عمر بن علي المقدمي ثنا مسعر عن خالد بن الوليد عن عبد الرحمن عن النعمان بن بشير قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من بلغ الحدود في غير حد فهو من المعتدين ورواه محمد بن الحسن في كتاب الآثار مرسلا اخبرنا مسعر بن كدام اخبرني ابو الوليد بن عثمان عن الضحاك بن مزاحم قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من بلغ الحدود والمرسل عندنا حجة مرجحة للعمل وعند اكثر اهل العلم واذا لزم ان لا يبلغ به حد فابو حنيفة ومحمد نظرا للصرافة عموم النكرة في النفي فصرفاه اليه فنقصاه عن حد الاربعين بصدق على احد فلا يبلغ الى ما بالنص المذكور وخصوصا صار المحل محل احتياط في الدرء وابو يوسف اعتبر اقل حدود الاحرار لان الاصل الحرية تم نقص سوطا في رواية متشام عنه وهو قول زفر وهو القياس لانه يصدق عليه قولنا ليس حدا فيكون مزاحما للمسكوت عن النفي عنه وفي ظاهر الرواية عنه خمسة وسبعون قيل وليس فيه معنى معقول وذكر ان سبب اختلاف الرواية عنه انه امر بضرب رجل بتسعة وسبعين فلما ضربه تسعة وثلاثين ظن انه قد بلغ حد الاربعين فاقتصر عليه فعد ذلك الحاضرون خمسة عشر اربعة اربعة الا الاخيرة لتقاعس عن الخمسة فظن الذي كان عنده انه امر بخمسة وسبعين وانما امر بتسعة وسبعين قال وروي مثله عن عمر يعني خمسة وسبعين وليس بصحيح ونقل عن الليث قال قيل ان ابا يوسف احتاط هنا لان النصف من حد الاحرار اربعون والكثير مائة والنصف من حد العبد والكثير خمسون فتحمل خمسة وسبعون ومنع صحة اعتبار هذا الاخذ وهو ابعد من ان اثره عن علي كما ذكر وقول الضحاك من انه فلد عليا فيه وكونه لا يعتل بوكده اذا لغرض انما هو الاستدراك بالراي يجب تقليد الصحابي فيه وانا تم جوابه منع ثبوته عن علي كما قال اهل الحديث انه غريب ونقله البغوي في شرح السنة عن ابن ابي ليلى وبقولنا قال ابن ابي شيبة في المصنف والحروقال في العبد تسعة عشر لان حد العبد عنده عشرون وفي الاحرار اربعون قال مالك لا حد اكثر فيجوز للامام ان يزيد في التعزير على الحد اذا راى المصلحة في ذلك محتجا بما روي ان معن بن زايدة عمل خاتما على نقش خاتم بيت المال ثم جاء به لصاحب بيت المال فاخذ منه مالا فبلغ عمر ذلك فضربه مايه وحبسه فكلم فيه فضربه مايه اخرى فكلم فيه فضربه مايه وحبسه ورواه الامام احمد باسناده ان عليا اتي بالنجاشي قد شرب خمرا في رمضان فضربه ثمانين للشرب وعشرين سوطا لفطره في رمضان ولنا الحديث المذكور ولان العقوبة على قدر الجناية ولا يجوز ان يبلغ ما هو دون الزنا فوق ما فرض بالزنا وحديث معن محتمل ان له ذنوبا كثيرة او كان ذنبه يشتمل كرة كثيرة واخذ مال بيت المال بغير حقه وفتحه باب هذه الجملة ممن كانت نفسه عارية عن استشعار الخوف وحديث النجاشي ظاهر ان الاضجاع فيه قاطع نص على ان ضربه العشرين فوق الثمانين لغو ظاهر في رمضان وقد نقضت على انه لهذا المعنى ايضا في الرواية الاخرى القايلة ان عليا رضي الله عنه اتي بالنجاشي الشاعر وقد شرب الخمر في رمضان فضربه ثمانين ثم ضربه من الغد عشرين وقال ضربناك العشرين لجرائتك على الله وافطارك في رمضان فاين الزيادة في التعزير على احد في هذا الحديث وعن احمد لا يزاد على عشرين اسواط وعليه حمل بعض اصحاب الشافعي ومذهب الشافعي لما اشتهر عنه من قوله اذا صح الحديث فهو مذهبي وقد صح عنه عليه السلام في الصحيحين وغيرهما من حديث ابي بردة انه قال لا يجلد فوق عشر اسواط وكما في حد من حدود الله واجاب اصحابنا عنه وبعض الشافعية بانه منسوخ بدليل عمل الصحابة خلافه من غير انكار احد وكتب عمر رضي الله عنه الى ابي موسى ان لا يبلغ بنكال اكثر من عشرين سوطا ويروى ثلاثين الا ربعين وما ذكرنا من تقدير اكثره بتسعة وثلاثين يعرف ان ما ذكر مما تقدم من انه ليس في التعزير شيء مقدر بل موض الى راي الامام اي من انواعه فانه يكون بالضرب وغيره مما تقدم ذكره اما ان اقتضى راية الضرب في خصوص الواقعة فانه لا يزيد

على تسعة وثلاثين ثم قدر الاقل في الكتاب يعني القدوري بثلث جلدات لان ادناه ما يتاذى به الزجر وذكر شمس الائمة ان ادناه ما يراه الامام بقدره ما يعلم انه يتزجر به لانه يختلف باختلاف الناس ووجه مخالفة هذا الكلام لقول القدوري انه لو راى انه يتزجر بسوط واحد اكتفى به وصرح به في الخلاصة قال واختيار التعزير الى الناضي من واحد الى تسعة وثلاثين ومقتضى قول القدوري انه اذا وجب التعزير بنوع الضرب فراى الامام ان هذا الرجل يتزجر بسوط واحد يكمل له ثلاثة لانه حيث وجب التعزير بالضرب فاقل ما يلزم اقله او ادنى حده والاقل ثمانية واقل ثلاثة ثم مقتضى انه لو راى انه انما يتزجر بعشرة من كانت العشرين فاقل ما يجب تعزيره به فلا يجوز نقصه عنه فلو راى انه لا يتزجر باقل من تسعة وثلاثين كان على هذا اكثر التعزير اقل ما يجب منه في ذلك الرجل ويبقى فايدة تقدير اكثره بتسعة وثلاثين انه لو راى انه لا يتزجر باكثر من تسعة وثلاثين لا يبلغ قدر ذلك ويضرب الاكثر فقط ولم يقل ذلك لان العقول بنوع امر وهو الحبس مثلا وعن ابي يوسف انه على قدر عظم الجرم وصغره واحتمال المضروب وعدم احتماله وعنه يترتب كل نوع من اسباب التعزير من به فيقرب المس والقبلة للاجنبية والوطي فما دونه من حد الزنا والرمي بغير الزنا من المعاصي من حد القذف ولذا السكر من غير الخمر من مشرب الخمر قيل معناه يعزر في المس الحرام والقبلة اكثر جلدات التعزير ويضرب في قوله تحويا كما فرو ضبيط اقل جلدات التعزير لكن في فتاوى قاضي خان ان اسباب التعزير ان كان من جنس ما يجب حد القذف يبلغ اقصى التعزير وان كان من جنس ما لا يجب به حد القذف لا يجب اتفاقا ويكون مفوضا الى راي الامام وان راى الامام ان يضم الى الضرب في التعزير الحبس فعل وذلك بان يرى ان اكثر الضرب في التعزير وهو تسعة وثلاثون لا يتزجر بها او هو في شك من انزجاره بها يضم اليه الحبس لان الحبس صلح تعزير ابتداء حتى لو راى ان لا يضربه ويحبسه ابتداء فعل ذكره في الفتاوى وغيرها وهو قول المصنف حتى جاز ان يكتفي به وقد ورد به الشرع في الجملة وهو ما سلف من انه عليه الصلاة والسلام حبس رجلا في تهمة فجاز ان يضمه اذا شك في انزجاره بدونه ولهذا اي ولان الحبس يمنوده يمنع تعزيرا ما لم يشرع بالتهمة قبل ثبوته اي لم يشرع الحبس بتهمة ما يوجب التعزير حتى لو ادعى رجل على احد شتيمة فاحشة وانه ضربه واقام شهودا لا يحبس لهذا ان يسال عن الشهود ويحبس في الحدود لانه اذا عدلت الشهود وكان الحبس تمام موجب ما عدلت شهوده فلو حبس قبل لزم اعطاء حكم السبب قبل ثبوته كما اذا احد كما انه اذا شهد بموجبه ولم يعدلوا حبس لانه اذا ثبت سببه بالتعديل كان الواجب به شيئا اخر غير الحبس فيحبس تعزيرا للتهمة

واشد الضرب التعزير لانه جرى فيه التخفيف من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف ليلا يودي الى فوت المقصود من الانزجار ولهذا لم يخفف من حيث التعزير على الاعضاء لما ذكرنا من التخفيف فيه من حيث العدد وذكر في المحيط ان محمدا ذكر في حدود الاصل ان التعزير يفرق على الاعضاء وذكر في اشربة الاصل يضرب التعزير في موضع واحد وليس في المسئلة روايتان بل موضع ما ذكر في الحدود اذا وجب تبليغ التعزير اليها اقصى غاياته بان كان اصاب من الاجنبية كل محرم غير الجماع او اخذ السارق بعد ما جمع المتاع قبل الاخراج واذا بلغ غاية التعزير فرق على الاعضاء والا فاشد العضو لولاة الضرب الشديد الكثير عليه وموضع ما في الاشربة انه يعزر اذا بلغ التعزير ثلاثة ونحوها واذا احد عددا يسيرا فالاقامة في موضع واحد لا يفسده وتفريقا ايضا لا يحصل منه مقصود الانزجار فجمع في محل واحد وعلى هذا فمعنى شدة الضرب وتوجهه جمعه في عضو واحد كما قيل اذا جمع انه لا يجمع في عضو واحد مطلقا تم حد الزنا يلي التعزير بر في الشرع لانه ثابت بالكتاب والعظم حاله حتى شرع فيه الرجم وهو اتلاف النفس بالكلية ثم حد الشرب لانه ثبت باجماع الصحابة لكن لا يتلى في القران وفي زمنه عليه الصلاة والسلام كان غير مقدر على ما تقدم وان كان سببه متيقنا فيكون سببيته لاشتباهة فيها والمراد والشرب متيقن السببية للحد لا متيقن الثبوت لانه بالبينة او الاقرار وهما لا يوجبان اليقين فان قيل يشبه انه شرع بمعنى انه عند هما يتيقن بلزوم الحد اذا ان بينه وانا لا نسلم ثبوت بالمعاينة قلنا لذلك لقد ثبت بالبينة او الاقرار ولا يتبع فرق ما بينهما خلاف القذف فان سببه باعتبار كونه قذفا وبالبينة لا يتيقن بذلك لجواز صدقه فما نسبه اليه ولانه جرى فيه التغليظ بردد الشهادة فلا يغلظ من اخرى من حيث الوصف وهو شدة الضرب وان الشرب ينتظم

القذف كما قال علي رضي الله عنه اذا شرب هذى واذا هذى افترى فيجتمع على الشارب حد الشرب والقذف
فيزاد نظرا الى الخطة ولا يغلظ بالشدة فاشدها التعزير وأخفها حد القذف وعند احمد اشد الضرب حد الزنى
ثم حد القذف ثم التعزير وقال مالك الكل سواء لان المقصود من الكل واحد ثم ذكر في المبسوط بانه يجرد ويعزر في ازار
واحد وفي فتاوى قاضي خان يضرب في التعزير قائما على هيئة العشور والعود ولا يمد في التعزير قوله
ومن دون الامام او عزره فمات فدمه هدر وهو قول مالك واحد وقال الشافعي يضمن لما روي في قول يجب الدية في بيت المال
لانه منع عمل يرجع الى عامة المسلمين فيكون العزم الذي يحدثه سبب عمله لهم عليهم وفي قول على عاقلة الامام لان اصل
التعزير غير واجب عليه ولو وجب فالضرب غير متعين في التعزير فيكون فعله سباحا فيتقيد بشرط السلامة
ولم يسلم فيجب على عاقلته وهذا يخص التعزير ونحن نقول ان الامام مامور بالحدود والتعزير عند عدم ظهور الانزجار لان التعزير
حق الله تعالى وفعل المامور لا يتقيد بشرط السلامة كما في القضاء وذلك انه لا بد من الفعل والا فوقف والسلامة خارجة عن وسعه
اذ الذي في وسعه ان لا يتعرض لسببها القريب وهو سبيل ان يبالغ في التخفيف فلا يشترط الوجوب به عند او يفصل
ما يقع زاجرا وهو ما هو مولم زاجر وقد يتفق ان يموت الانسان به فلا يتصور الامر بالضرب المولم الزاجر مع ما
اشتراط السلامة عليه بخلاف المباحات فانها رفع الحجاج في الفعل والطلاقه وهو مخير فيه بعد ذلك غير ملزم به فصح
تقييده بشرط السلامة كالمرور في الطريق والاصطياد ولهذا يضمن اذا عزر امراته فماتت لانه مباح ومنفعته
ترجع اليه كما ترجع الى المرأة من وجه اخر وهو استيفاء حقه على ما امر الله به وذكر الحاكم انه يضرب امراته على ترك الصلوة
ويضرب ابنه وكذا المعلم اذا ادب الصبي فمات منه يضمن عندنا وقال الشافعي لا يضمن لان الوجاع زوجته فماتت او افضاها لا يضمن
عند ابي حنيفة وابي يوسف ذكره في المحيط مع انه مباح فيتقيد بشرط السلامة لانه صرف المهر بذلك الجماع ملوجب الدية
وجب ضمانان بعضوين واحد تتمة الاولى للانسان فيما اذا قيل له ما يوجب التعزير ان لا يجيبه فالوا لو قال له
يا خبيث الاحسن ان يكف عنه ولو رفع الى القاضي ليسوده يجوز ولو اجاب مع هذا فقال بل انت لا باس واذا
اتى العبد الادب حل لمولاه تاديبه وكذا الزوجة وفي فتاوى القاضي من سبهم بالفسق والشر فحبس وخلد في السجن
الى ان تظهر توبته وفيها عن ابي يوسف اذا كان يبيع الخمر ويشتري ويترك الصلاة يحبس ويوبخ ثم يخرج والساحر اذا
ادعى انه يخلق ما يفعل ان تاب وتبرأ وقال انه تعالى خالق كل شيء قبلت توبته وان لم يتب يقتل وكذا الساحرة تقتل
يوبخها وان كانت المرتدة لا تقتل عندنا لكن الساحرة تقتل بالاثر وهو ما روي عن عمر رضي الله عنه انه كتب الى عماله
اقتلوا الساحر والساحرة زاد في فتاوى قاضي خان وان كان يستعمل السحر ويجحد ولا يدري كيف يقول فان هذا
الساحر يقتل اذا اخذ وقبل ذلك منه وان قتل توبته وفي الفتاوى رجل يتخذ لعبة للناس ويخرق بين المرء
وزوجته تلك اللعبة فهذا سحر ويحكم بارتداده ويقتل فان تاب في الخلاصة هكذا ذكره القاضي مطلقا وهو محمول
على ما اذا كان يعتقد ان له اثرا انتهى وعلى هذا التعزير لم يذكر حكم هذا الرجل وعلى هذا التعزير يراعى عدم الحكم بارتداده
فينبغي حكمه ان يضرب ويحبس حتى يحدث توبته وهل قتل الحاكم به عالم ان فلانا يتعاطى ذلك كما ابيه قالوا
ان وقع في قلبه ان اباه يقدر ان يفعل ابنه حل له ان يكتب وان لم يقع في قلبه لا يكتب وكذا بين المرء وزوجته
وبين السلطان والرعية ويعزر من شهد شرب الشاربين والمجتمعون على شربه الشرب وان لم يشربوا ومن معه كوة
خمر والمطر في نهار رمضان يعزر ويحبس والمسلم يبيع الخمر او يأكل الربا يعزر ويحبس وكذا المغني والمخنث والنائحة يعزرون
حتى يحدثوا توبة وكذا المسلم اذا شتم الذمي يعزر لانه ارتكب معصية ومن سبهم بالفسق والشر قبحبس ويخلد في السجن
الى ان يظهر توبته وكذا من قبل اجنبية او عانقها او مسها بشهوة كتاب السرقة لما كان المقصود
من الحدود الانزجار عن اسبابها بسبب ما اشتملت عليه من المفاسد ورعي في ترتيبها في التعليم ترتب اسبابها في المفا
فلما كانت مفسدته اعظم تقدم على ما هو دونه كان تعليمه وتعلمه اهم واعظم المفاسد ما يودي الى فوات النفس
وهو الرجم لما تقدم من وجه كونه قتلا معنى ويليه ما يودي الى فوات العقل وهو الشرب لانه كفوات النفس من حيث
ان عدم العقل لا ينتفع بنفسه كعدم النفس ويليه ما يودي الى فساد العرض وهو القذف فانه امر خارج
عن الذات يوشر فيها ويليه ما يودي الى اتلاف المال فانه الامر المحلوف وغايته للنفس والعرض فكان

اخذا فاخره والسرقة تفسير لغة وهو ما ذكر في الكتاب وهو اخذ الشيء من الغير على وجه الخفية ومنه استراق السمع
وهو ان يستمع مستخفيا وفي الشريعة هي هذا ايضا وانما زيد على مفهومها قيود فانه اذا كاشك انا اخذ قليل من
النصاب خفية سرقه شرعا لم يوجب عليه حكم القطع وفي شروط الشيء به حكم القطع وفي شروط الشيء وكون ذلك الحكم الشرعي فاذا قيل للسرقة
الشرعية الاخذ خفية سواء كذا او كذا لا يحسن بل السرقة الى على الشرع وجوب القطع هو اخذ العاقل البالغ عشرة
دراهم او مقدارها خفية عمن هو متعد للحفظ ما لا يتسارع اليه الفساد من المال المتمول للغير من حرز لا شبهة ولا تملك
الشبهة في الثاني قبله فلا يقطع السارق من السارق ولا احد الزوجين من الاخر وذي الرحم المحرم بالاجماع والعقل حلال العمل
لا يصار اليه حتى يتعين بالاسر وله كما لا فاقي على ما هو المذهب المختار عند الاصوليين وما قيل في بعض صوره اللغوي الزيادة
شرط فيه غير مرضي والقطع بانها للافعال والقراءة عندنا لو بغير الفاتحة فكيف يقال انها في الشرع للدعاء والافعال
شرط فيه قوله والغرض انه لا يتناوله الدعاء فقط هذا وسيأتي في السارق من السارق خلاف والمعنى اللغوي
معنى الخفية مراعا فيها اما ابتداء وانتهاء وذلك في سرقة الزارع في المصر او ابتداء لا غير وهو في سرقة الليل فكذا اذا
دخل البيت ليلا خفية ثم اخذ المال مجاهرة ولو بعد مقابلة ممن في يده قطع به للاتفاق بالخفية الاولى واذا كان في المصر
نهارا واخذ ماله لا يقطع استحسانا وان كان دخل خفية والقياس كذلك في الليل لكن يقطع اذ غالب السرقات في
الليل يصير مغالبة اذ قليلا ما يخفى الدخول والاخذ بالكلية وعلم فزع اذا كان صاحب الدار يعلم دخوله واللص لا يعلم كونه
فيها او يعلمه اللص وصاحب الدار لا يعلم دخوله قطع ولو علم لا يقطع ولما كانت السرقة تشمل الصغرى والكبرى
والخفية المعتبرة في الصغرى هي الخفية عن عين المالك او من يقوم مقامه كالمودع والمستعير والمضارب والغاصب
والمرتهن فان كانت الخفية المعتبرة في الكبرى مسارقة عين الامام ومنعة المسلمين الملتزم حفظ طرق المسلمين وبلادهم
وكذا نفس الاخذ المذكور واما شروط ثبوت الحكم وتمام تفصيل العقاب فيأتي في اثناء المسايل واذا سرق
البالغ العاقل عشرة دراهم او ما تبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز لا شبهة فيه وجب القطع والاصل في وجوب
القطع قوله ع السارق والسارقة فاقطعوا ايديهما والد من اعتبار العقل والبلوغ انا لجناية لا تتحقق دونهما لانها
بالمحاولة والمخالفة فرع تعلق الخطاب والد من التقدير بالمال الخطير اختلف في انه هل يقطع بكل مقدار
من المال او لا بد من مقادير معين لا يقطع في اقل منه فقال بالاول الحسن البصري وداود والخوارج وابن بنات الع
لاطلاق الاية وقوله عليه السلام لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده ويسرق الحبل فتقطع يده متفق عليه
ومن سواهم افقراء الانصار وعلى الاقطار انه لا قطع الا بما اعتبر لقوله عليه الصلاة والسلام لا قطع الا في ربع دينار
فصاعدا متفق عليه فلزم في الاول التاويل بالحبل الذي يبلغ عشرة دراهم وبالبيضة البيضة من الحديد او النحاس ولو
قيل ونسخه ايضا لبيض اولى من نسخ ما روينا لانا نرجح بقوة وجه او لوية اهمل وهو مع الجمهور وان سلم في باب
الحدود متعين عند التعارض قلنا قد تقابل اجماع الصحابة على ذلك وبه يتقيد اطلاق الاية وبالعقل وهو ان الحق
مطلقا تفتقر الرغبات فيه فلا يمنع اصلا حتمة مع وهي ما يشمل اطلاق الاية ولذا لا يخفى اخره فلا يتحقق باخذ ركن
السرقة وهو الاخذ خفيه وكلمة الزجر ايضا لانها فيما يغلب فانما لا يغلب لا تحتاج الى شرع الزاجر لانه تحصيل
الحاصل الزجر عنه فهذا تخصص عقلي بعد كونها مخصوصة بما ليس من حرز بالاجماع ثم اختلف المشايخ
لمقادير معين في تعيينه فذهب اصحابنا في جماعة من التابعين الى انه عشرة دراهم وذهب الشافعي الى انه ربع دينار
وذهب مالك واحمد الى انه ربع دينار او ثلاثة دراهم لما روى مالك في موطاه عن عبد الله ابن ابي بكر عن ابيه
عن عمرة بنت عبد الرحمن ان سارقا سرق في زمن عثمان بن عفان اترجة فامر بها عثمان فقومت بثلاثة دراهم
من صرف اثني عشر دينارا وقطع عثمان يده فالسالك اعتبر ما تحب فيه القطع الى ثلاثة دراهم سواء انتفع الصرف
او لم ينتفع وذلك انه عليه السلام قطع في مجن قيمته ثلاثة دراهم وعثمان قطع في اترجة قيمتها ثلاثة دراهم وهذا
احب ما سمعت الى انتهى ولكون المجن بثلثة يعارض ابن عمران رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع سارقا في مجن
قيمته ثلاثة دراهم اخرجه الشيخان وفي لفظ لهما عن عايشة عن النبي صلى الله عليه وسلم لا تقطع يد السارق الا في
ربع دينار فصاعدا غير ان ان في متقول كانت قيمة الدينار يومئذ عشرة دراهم وكان ثلاثة ربع دينار او في مسند

احد عن عايشة عنه عليه السلام اقطعوا في ربع دينار ولا تقطعوا فيما هو ادنى من ذلك وكان ربع الدينا يومئذ ثلاثة دراهم ذكر المصنف
من قول ان القطع في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان عن المجن المراد انه ما كان الا في مقدار ثمنه لانه حقيقة اللفظ وهي ان
المسروق كان ثمنه قيمته فقطع به وليس كذلك بل المسروق كان نفس المجن فقطع به وكانت قيمته ثلاثة دراهم ولذا ان
الاخذ الاكثر في هذا الباب اولى احتياطا للدرء فعرف انه قد قيل في ثمن المجن الكثر مما ذكر وبريد بذلك حديث ابن رواه
الحاكم في المستدرك عن جابر عن ابن لم يقطع اليد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الا في ثمن المجن وثمنه يومئذ دينار وروى
عنه ونقل عن ابن في وجه الله انه قال لمحمد ابن الحسن رضي الله عنه هذه سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يقطع في ربع دينار
فصاعدا فكيف قلت لا تقطع اليد الا في عشرة دراهم فصاعدا فقال فقد روى شريك عن مجاهد عن ابن ابن ابي ابن اخي اسامة
بن زيد لامه وان الشافعي اجاب بان ابن ام ابن قتل مع رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم حنين قتل ان يولد مجاهد قال ابن
ابي حاتم في المراسيل وسالت ابي عن حديث رواه الحسن بن صالح عن منصور عن الحكم عن عطا ومجاهد عن ابن وكان قيمتها قال تقطع
يد السارق في ثمن المجن وكان ثمن المجن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم دينارا قال ابي هو مرسل وارا انه والد عبد الواحد
بن ابن وليس له صحبة وظهر بهذا القدر ان ابن اسم للصحابي وهو ابن ام ابن وانه استشهد مع رسول الله صلى الله عليه
وسلم بحنين واسم ابيه اخر وقال ابو الحجاج المزني في ابيه ابن الحبشي مولى ابن مخزوم روى عن سعيد وعايشة ١٣٢
وجابر وعنه ابنه عبد الواحد ونقه ابو زرعه ثم قال ابن مولى الزبير وقيل مولى ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم
في السرقة قال ابن قال وعنه عطا ومجاهد قال النسائي ما احسب ان له صحبة فقد جعله اسما لا يعين واما ابن
ابي حاتم وابن حبان فجعلاها واحدا قال ابن ابي حاتم ابن الحبشي مولى ابن عمر روى عن عايشة وجابر روى عنه مجاهد
وعطا وابنه عبد الواحد سمعت ابي يقول ذلك وسيل ابو زرعة عن ابن والد عبد الواحد فقال مكي ثقة وقال ابن حبان
في الثقات ابن ابن عبيد الحبشي مولى ابن عمر المخزومي من اهل مكة روى عن عايشة وروى عنه مجاهد وعطا وابنه
عبد الواحد ابن ابن وكان ابي اسامة ابن زيد لامه وهو الذي يقال له ابن ابن ام ايمن مولاة النبي صلى الله عليه وسلم قال
ومن زعم ان له صحبة وهم حديثه في القطع مرسل فهذا خالف الشافعي وغيره ممن ذكر ان ابن ابن ام ايمن قتل يوم حنين
والا نه صحابي حيث جعله من التابعين وهكذا نقل الدارقطني في سننه ابن له صحبة له وهو من التابعين ولم يدرك زمان
النبي صلى الله عليه وسلم ولا تخلف بعده وهو الذي يروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ثمن المجن دينار وروى عنه
ابنه عبد الواحد وعطا ومجاهد والحاصل انه اختلف في ابن راوي قيمة المجن هل هو صحابي او تابعي ثقة فان كان
صحابيا فلا اشكال وان كان تابعيا ثقة كما ذكره ابو زرعه الامام العظيم الشان وابن حبان مخرجه مرسل والارسال
ليس عندنا ولا عند جماهير العلماء قادح بل موجب موجبة موجب اعتباره وح فقد اختلف في تقويم المجن اهو ثلاثة او عشرة
فيجب الاخذ بالاكثر هنا لما يجاب التشوف الدرء ما امكن في الحدود ويؤيد تقوى بما رواه النسائي ايضا بسنده عن
ابن اسحق عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال كان ثمن المجن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم عشرة دراهم
واخرجه الدارقطني ايضا واخرجه هو واحمد في مسنده عن الحجاج ابن ارطاة عن عمرو ابن شعيب عن ابيه عن جده
ولذا اسحق ابن راهويه وروى ابن ابن شيبة في مصنفه في كتاب اللقطة عن سعيد ابن المسيب عن رجل من مزينة
عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ما بلغ ثمن المجن قطعت يد حامله وكان ثمن المجن عشرة دراهم قال المصنف ويؤيد ذلك
قوله صلى الله عليه وسلم لا تقطع اليد الا في دينار او عشرة دراهم وهذا بهذا اللفظ موقوف على ابن مسعود وهو مرسل
عنه رواه عبد الرزاق ومن طريقه الطبراني في معجمه واشار اليه الترمذي في كتابه الجامع فقال وقد روي عن ابن
مسعود انه قال لا تقطع الا في دينار او عشرة دراهم وهو مرسل رواه القاسم بن عبد الرحمن عن ابن مسعود والقاسم
ابن عبد الرحمن لم يسمع من ابن مسعود انتهى وهو صحيح لان الكل ما رووه الا عن القاسم لكن في مسند ابي حنيفة
من رواية ابي مقاتل عن ابي حنيفة عن القاسم ابن عبد الرحمن عن ابيه عن عبد الله ابن مسعود قال كان تقطع اليد
على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في عشرة دراهم وهذا موصول وفي رواية خلف ابن ياسين عن ابي حنيفة انما كان القطع
في عشرة دراهم واخرجه ابن حزم ومن حديث محمد ابن الحسن عن ابي حنيفة به فعرفه لا تقطع اليد في اقل من عشرة دراهم
وهذا موصول مرفوع ولو كان موقوفا لكان لحكم الرفع لان المقدرات الشرعية لا مدخل للعقل فيها فالموقوف فيها

محمول

محمول على الرفع واسم الدراهم يعني في الحديث وهو قوله او عشرة دراهم ينطلق على المضروب به عرفا بلا قيد فهو وجه
اشتراط كونها مضروبة في القطع كما ذكره القدوري وهو ظاهر الرواية وهو الاصح للظاهر من الحديث ورعاية لكمال
الحماية لانها شرط العقوبة وشروط العقوبات يراعى وجودها على وجه الكمال ولهذا شرطنا الجودة حتى لو كانت زيوفا
لا يقطع بها ولو تجوز بها لان نقصان الوصف ينقصان الذات وعن ابي يوسف يقطع بها اذا كانت رايجة حتى لو سرق
عشرة تبرا اي فضة غير مضروبة بها صلحا قيمتها اقل من عشرة مصكوكة لا يجب القطع على ظاهر المذهب وروى الحسن عن ابي حنيفة
انه يقطع للاطلاق المذكور وانت تعلم ان المطلق يقيد بالعرف والعادة والعشرة وزن سبعة يعني المعتبر
في وزن الدراهم التي يقطع بعشرة منها ما يكون وزن عشرة وزن سبعة مثاقيل كما في الزكاة وتقدم تحقيقها في الزكوة وهو انه
ينبغي ان يراعى اقل ما كان من الدراهم على ما قالوا واما على ما قضى ما ذكرناه من ان الدراهم كانت في زمنه صلى الله عليه وسلم اصنافا
صف وزن خمسة وصف وزن ستة وصف وزن عشرة ان يعتبر في القطع وزن عشرة هذا مقتضى اصله في ترجيح تقدير
المجن بعشرة بانه ادرأ للحد وما كان درءا كان اولى في نيل هذا احد اقوال ثلاث لا نا نقول لا نسلم فانه انما يكون ذلك
اذا تحققنا ان كل من قدر نصاب القطع بعشرة قدر العشرة بوزن سبعة وهو ممنوع فانه ممن نقل تقديره بعشرة
سفيان الثوري وعطا ولم ينقل تقديرهما بوزن سبعة فلا تحقق لزوم القول الثالث ثم هذا البحث الزامي على قولهم ان وزن
سبعة لم يكن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فاما ان قيل كما لشافعية انها كانت كذلك في زمنه عليه السلام فلا
وقوله اي قول القدوري او ما تبلغ قيمته عشرة اشارة الى ان غير الدراهم تعتبر قيمته بالدراهم وان كان ذهبا
حتى لو سرق دينارا قيمته اقل من عشرة لا يقطع ذكره في المحيط قال والمراد من الدينار المذكور انه لا يقطع به في الحديث
كما يكون مقوما به لا قيمة الوقت اي يكون دينارا قيمته عشرة دراهم فضة جياد يوزن سبعة مثاقيل او اكثر سواء كان
في الوقت كذلك او لا فلا اعتبار للوقت لانه يزيد وينقص فيه السعر ولا بد من كون قيمة غير الفضة عشرة يوم السرقة
ووقت القطع حتى لو نقص القيمة وقت القطع عن عشرة لم يقطع الا ان كان النقص بسبب عيب وحلها او فوات بعض العين
فعلى هذا اذا سرق في بلد ما قيمته فيها عشرة فاخذ في اخر وقيمتها فيه اقل لا يقطع وفي قول الطحاوي يعتبر وقت الاخراج
من الحرز فقط ولو سرق اقل من ربع عشرة فضة تساوي عشرة مصكوكة لا يقطع لانه خالف النص وهو قوله الا قطع الا في
دينار او عشرة دراهم في محل النص وهو ان يسرق وزن عشرة ولا بد من ثبوت دلالة القصد على النصاب الماخوذ
وعليه ذكر في التجنيس من علامة النوازل سرق ثوبا قيمته دون العشرة وعلى طرفه دينار مشدود لا يقطع وذكر من علامة
فتاوى امية سمر فتندا اذا سرق ثوبا لا يساوي عشرة وفيه دراهم مصرورة لا يقطع وقال وهذا اذا لم يكن النقد
وما للدراهم عادة فان كان يقطع لان القصد فيه يقع على سرقة الدراهم الا يرى انه لو سرق كيسا فيه دراهم كثيرة
وان كان الكيس يساوي درهما واحدا لا بد من ان يكون للسارق منه بد صحيحة حتى لو سرق عشرة ودائع عند رجل
ولو لعشرة رجال يقطع خلافا للسارق من السارق على الخلاف وان يخرجه ظاهرا حتى لو ابتلع دينارا في الحرز وخرج
لا يقطع ولا ينتظر ان يتغوط بل يضمن مثله لانه استهلك وهو سبب الضمان للحال وان مخرج النصاب لمرة واحدة فلو اخرج
بعضه ثم دخل واخرج باقيه لا يقطع والحر والعبد في القطع سواء لان النص لم يفصل بين حر وعبد ولا يمكن
التنصيف فيتكامل وهذا لان الجناية موجبة للعقوبة صيانة لاموال الناس والرق متنصف فما امكن فيه التنصيف
نصف عليه وقد يحصل موجب العقوبة وما لا فلا مزورة والا اهدر السبب في حقه كخلاف الزنا فان له حدين الجلد
والرجم فانتظم النص الحر والمرقوق في الجلد فحد على النصف در الاحرار بقوله ثم فعليهن نصف ما على المحصنات من
العذاب ثم شرع احد الاخرة وهو الرجم على الاحرار ابتداء بحيث لم يتناولهم الا رقا وجب القطع بافراده مرة
واحدة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد ومالك وان في واكثر على الامة وقال ابو يوسف لا يقطع الا باقراره مرتين
وهو قول احمد وابن ابي ليلى وزفر وابن شبرمة ويروى عن ابي يوسف اشتراط كونه الاقرارين في مجلسين استدلوا
بالمنقول والمعنى اما المنقول فما روى ابو داود وعن ابي امية المخزومي انه عليه الصلاة والسلام اتي بلص قد اعترف ولم يوجد
معه متاع فقال صلى الله عليه وسلم ما اخالك سرقت فقال بلى يا رسول الله فاعادها عليه الصلاة مرتين او ثلاثا فامر
به فقطع فلم يقطع الا بعد تكرار اقراره واسند الطحاوي ليلى على رضي الله عنه ان رجلا اقر عنده بسرقة مرتين فقال ما حملك

عليه بشهادتين فاسوبه فقط فعليها في عنقه واما البغي فالحق الاقرار بها بالشهادة عليها في العدد فيقال احد فيعتبر
عدد الاقرار به بعدد الشهود نظيره الحاق الاقرار في حد الزنا في العدد بالشهادة فيه والى حنيفة ما اسند الطحاوي
الى ابي هريرة في هذا الحديث قالوا يا رسول الله ان هذا سرق فقال ما اخاله سرق فقال السارق بلى يا رسول الله
قال اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه ثم ائتوني به قال فذهب به فقطع ثم حسم ثم اتي به فقال تب الى الله عز وجل فقال
تبت الى الله عز وجل فقال تاب الله عليك فقد قطعها بقراره مرة واما المعنى فعارض حد القذف والقصاص وهو ان لم
يثن حدا فهو في معناه من حيث انه عقوبة هكذا اظهر الموجب مرة فيكتفي به كالقصاص وحد القذف واما قياسه
على الشهادة فمنع الفارق لان اعتبار العدد في الشهادة انما هو لتقبل التهمة والتهمة في الاقرار اذا رتهم الانسان في
حق نفسه بما يضع صونا بالفاء على ان الاقرار الاول لها صادق بالثاني لا يفيد شيا اذ لا يزداد صدقا واما كاذب بالثاني
لا يصير صادقا فظهر انه لا فائدة في تكراره فان قيل فائدة رفع احتمال كونه يرجع عنه اجاب المصنف بقوله وباب
الرجوع في حق الحد لا ينتفي بالتكرار فله ان يرجع بعد التكرار فيقبل في الحدود والحاصل في المال رجوعه بوجهات
صاحب المال يكذبه فلا تقبل رجوعه عنه واما النظر المذكور اعني كون الاقرار بالزنا متعددا فالحاقه بالشهادة به
ولا نسلم ان ذلك بطريق القياس وكيف وحكم اصله وهو الزيادة في العدد معدول عن القياس فالواقع ان ثلاثا من تعدد الشهادة
وتعدد الاقرار في الزنا ثبت بالنص ابتداء لا بالقياس والله سبحانه اعلم **فروع** من علائه العيون قال اذا سارق هذا
الثوب يعني بالاضافة قطع ولو سرق القاذف لا يقطع لانه على الاستقبال الاول على الحال وفي عيون المسايل قال اسرقت
من فلان مائة درهم بل عشرة دنانير يقطع في العشرة دنانير ويضمن في المائة هذا اذا ادعى المنزله المالين وهو
قول ابي حنيفة لانه رجع عن الاقرار بسرقة مائة واخر بعشرة دنانير فصح رجوعه عن الاقرار بالسرقة الاولى
في حق القطع ولم يصح في حق الضمان وصح الاقرار بالسرقة الثانية فهو في حق القطع وبه ينتفي الضمان كما لو قال سرقت
مائة بل مائتين فانه يقطع ولا يضمن شيا لو ادعى المنزله المائتين لانه اقر بسرقة مائتين وجب القطع فانتفى الضمان
والمائة الاولى عليه العين المنزله بخلاف الاولى لو قال سرقت مائتين بل مائة لم يقطع ويضمن المائتين لانه اقر بسرقة
مائتين ورجع عنها فوجب الضمان ولم يجب القطع ولم يصح الاقرار بالمائة اذ ادعى المسروق منه ولو انه صدقه في
الرجوع **ويجب** بشهادة شاهدين كما في سائر الحقوق وهذا باجماع امة **وينبغي** ان يسالها الامام
عن كيفية السرقة اي كيف سرق لاحتمال كونه سرق على كيفية لا يقطع مثلا كان نقب الحرز او دخل يده فاخرج المتاع
فانه لا يقطع على ظاهر مذاهب الثلاثة او اخرج بعض النصاب ثم عاد واخرج البعض الاخر او ناول رفيقا
له على الباب فاخرجه وليسالها عن ما يثبتا فانها تطلق على استراق السمع والتعرض من اركان الصلاة وعن زمانه لاحتمال
التقادم وعند التقادم اذا شهدا يضمن المال ولا يقطع على ما مر وتقدم ايضا ما اورد من ان التقادم ينبغي ان لا
يمنع قبول الشهادة على القطع لان الشاهد لا تهم في ناجز لتوقفه على الدعوى وتقدم جوابه للمصنف وقد يقال
كان وليسالها عن المكان لاحتمال انه سرق في دار الحرب من مسلم وهذا خلاف ما لو كان ثبوت السرقة بالاقرار
حيث لا يسال القاضي المقر عن الزمان لان التقادم لا يبطل الاقرار ولا يسال المقر عن المكان لكن ليسالها عن باقي
الشروط من الحرز وغيره اتفاقا وفي الكافي وعن المسروق اذا سرقه قال لا يوجب القطع كما في التمر والكثر
وقد لا احتمال كونه دون نصاب وعن المسروق منه لان السرقة من بعض الناس لا توجب القطع لذي الرحم
المحرم من الزوج وقال في المبسوط لم يذكر محمد السوال عن المسروق منه لانه حاضر بخاصم الشهود ويشهدون
على السرقة معه فلا حاجة الى السوال عنه وانت تعلم ان تكاتهم بانه سرق من هذا الحاضر وخصومة الحاضر لا تستلزم شيا
النسبة من السارق وان الدعوى تستلزم ان يقول سرق مالي او انا سرقاه او وجد وانما يسال عن هذه الامور احتياطا
للدرء واذا بينوا ذلك على وجه لا يستطيع الخدشان كان القاضي عرف الشهود بالعدالة قطعه وان لم يكن يعرف حاله لم
حبس المشهود عليه حتى يعدلوا انه صار منهما بالسرقة والتوثق بالكفيل مستحب لانه لا كفالة في الحدود وهنا نظر
وهو ان اعطاء الكفيل بنفسه وعلى قول ابي يوسف يجوز ولم يقع تفصيل في هذا الحكم الذي حبسه عند اقامة
البينة حتى ذكروا ومقتضى ما ذكر من انه يحبس بتهمة ما يوجب الحد والتعزير بسبب انه صار منهما بالفساد

انه لو صح التكفيل ينبغي انه لا يعدل عن حبسه بسبب ما لزمه من التهمة بالفساد في الارض ولذا ذكر في الفتاوى
من يتهم بالقتل والسرقة يحبس ويحلف في السجن بلى ان يظهر التوبة بخلاف منها يبيع الخمر ويشتري ويترك الصلاة
فانه يحبس ويؤدب ثم يخرج وفي التجنيس من علامة السواز للص معروفة بالسرقة وجده رجل يذهب في حاجة
غير مشغول بالسرقة ليس له ان يقتله وله ان يأخذه والامام ان يحبسه حتى يتوب لان الحبس زجر التوبة مشروع
واذا عدل الشاهدان والمسروق منه غايب لم يقطعه الا بحضرته وان كان حاضرا والشاهدان غايبان لم يقطع
ايضا حتى يحضروا وكذلك في الموت وهذا في كل الحدود سوى الرجم وبعض القصاص ان لم يحضروا استحسانا هكذا
في كافي الحاكم **واذا استرك** جماعة بسرقة فاصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع وان اصاب اقل لا يقطع وعليهم
تضمينه قطعهم بما اذا لم يكن فيهم احد ابيهم مجروم من المسروق منه والا صبي وعند مالك يقطعون وان لم يصب احدهم
نصابا بعد كون تمام المسروق بلغ دراهم لدخوله تحت النقب قلنا القطع لكل سارق بسرقته نصابا ولم يوجد فلا
يجب الحد معنى وعد بين كل منهم جناية السرقة وذلك لا يوجب القطع بمجرده بل يكون ما سرقه نصابا والله اعلم

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

ما يقطع فيه هو المسروق وهو متعلق السرقة اذ هو محلها
فهو ثان بالنسبة الى نفس الفعل فلذا اخره عن بيان السرقة وما يتصل بها **لا قطع فيما يوجد تافها مباحا في دار**
الاسلام اي اذا سرق من حرز لا شبهة فيه بعد ان اخذوا وصار مملوكا التافه والتافه الحقير الخسيس من ثياب
ليس كالخشب والحشيش والقصب والسمك والطير والصيد برا او بحرا والزرنيخ والمغرة وهو بفتح الغين
الطين الاحمر ويجوز اسكانها والنورة **والاصل فيه** حديث عايشة رضي الله عنها هو ما روى ابن ابي شيبة في
مصنفه وسنده ما عبد الرحيم بن سليمان عن هشام بن عروة عن عروة عن عايشة قالت لم يكن السارق يقطع على عهد
رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشيء التافه وزاد في مسنده ولم يقطع في ادنى من ثمن مجنة او ترس ورواه مرسلا ايضا
تابعه وكيع عن هشام عن عروة عن ابيه وكذا رواه عبد الرزاق في مصنفه ابن جريج عن هشام به وكذا اسحق بن راهويه
ابن عيسى بن يونس عن هشام ورواه ابن عدي في الكامل مسندا اخرجه عن عبد الله بن قبيصة العذاري عن هشام
ابن عروة عن عروة عن عايشة ولم يقل في عبد الله هذا شيا ثم قال لم يتابع عليه ولم ار المتقدمين منهم فيه كلاما فذكرته
كما بين ان في رواياته نظرا ولا يخفى ان عده المرسلات كلا حجة وقد تقدم ومثل هذا حديث ابن ابي شيبة ومتابعة
عبد الرحيم بن سليمان واذا عرف هذا فقال المصنف ما يوجد جنسه مباحا في الاصل صورته اي الاصلية بان لم يحرز فيه
صنعة متقومة غير مرغوب فيه حقيرة فيكون متناولا النص فلا يقطع بالحديث المذكور والانتخاب مخصوص بقاطع
فجا رمطلق وقوله تقل الرغبات فيه يعني فلا تتوفر الدواعي على استحصاله وعلى المعاجلة في الوصول اليه والابصد
به الطباع اذا احرز حتى انه قلما يوجد احد يمنع على اخذه كره من الحالك وبهذا ينسب الى العناية بناء ان الصنعة بها بعد من
الخساسة وما هو كذلك لا يحتاج الى شرع الزاجر فيه كالدود في النصاب وقوله صورته لتخرج الابواب والاواني
من الخشب وغير مرغوب فيه ليخرج نحو المعادن من الذهب والصفر والجواهر واللؤلؤ ونحوها من الاحجار
لكونها مرغوبا فيها فيقطع في كل ذلك وعلى هذا نظر بعضهم في الزرنيخ فقال ينبغي ان يقطع به لانه يجوز ويباع
في دكاكين العطارين كثيرا لا سوال بخلاف الخشب لانه انما يدخل الدور للعمارة ومكان احرازه نافيا خلاف العاج
والابنوس واختلف في الوسمة والحناء والوجه القطع لانه جرت العادة باحرازه في الدكاكين قال المصنف
وكان احرز فيما ناقص فان الخشب بصورته الاولى يلقى على الابواب وانما تدخل في الدار للعمارة للاحراز فان الطير يطير
يعني من ساعته ذلك وبذلك تقل الرغبات فيه والوجه ان قوله والطير يطير من بيان نقصان الحرز الا ان هذا
الوجه قاصر عن جميع صور الدعوى وكذا الشركة العامة التي كانت فيها اي في الصيد قبل الاحراز بقوله عليه الصلاة
والسلام الصيد لمن اخذه وهو حال كونه على تلك الصفة اي الاصلية تورث الشركة العامة بشبهة فيه بعد الاحراز
فيمتنع القطع والوجه ان يحمل على ان الشبهة العامة ان ثبتت في الكل بالاباحة كما صلا عنه بالاجماع واما قوله
عليه السلام الناس شركاء في ثلث فانما يتناول الكلا والخشب والعنب بلفظ الكلا فيه قصور ايضا قال ويدخل في السمك
الماخ والطري وصوابه السمك المليح او المملوح وفي الطير الدجاج والبط والحمام لما ذكرنا يعني قوله والطير يطير فيقتل

اخراه عنه واما قوله وما طلاق قوله صلى الله عليه وسلم لا قطع في الطير فحديث لا يعرف رفعه بل رواه عبد الرزاق بسنده
جابر الجعفي عن عبد العزيز بن رفيع قال اتى بحمو بن عبد العزيز برجل سرق حمامة جاءت فاراد ان يقطعه فقال له سلمة ابن عبد الرحمن
قال عثمان لا قطع في الطير ورواه ابن ابي شيبة عن عبد الرحمن بن مهدي عن زهير بن محمد عن يزيد ابن خصيفة قال اتي
عمر بن عبد العزيز برجل قد سرق طيوا فاستشنى في ذلك السايب بن يزيد فقال ما رايت احدا قطع في الطير وما عليه في ذلك
قطع فتركه عمر فان كان هذا مما لا مجال للراي فيه فحكمه حكم السماع والا فتقليد الصحابي عندنا واجب لما عرف

وعن ابي يوسف انه يجب القطع في كل شيء الا الطين والتراب والمرقيد وروي عنه الا الماء والتراب والطين والحجر والمعادن
والصيد لان ما سوى هذه اموال متقومة محترزة فصارت كغيرها والاباحة الاصلية زالت وزال اثرها بالاحراز بعد
التملك وهو قول الشافعي والحجة عليها ما ذكرنا من حديث عائشة وثبوت الشبهة ولا قطع فيما يتسارع اليه الفساد
كاللبن واللحم والخبز ايضا ذكره في الايضاح وشرح الطحاوي ولا فرق في عدم القطع بالحم بين كونه مملوحا او قديدا او غيره
والفواكه الرطبة وعن ابي يوسف يقطع بها وبه قال الشافعي لما عنه عليه السلام من رواية ابي داود والنسائي وابن
ماجة عن عمرو ابن شعيب عن ابيه عن جده عبد الله ابن عمرو انه عليه السلام سئل عن الثمر المعلق فقال من اصاب بفيه
من ذي حاجة غير متخذ خبنة فلا شيء عليه ومن خرج بشيء فعليه غرامة مثليه ومن سرق منه شيئا بعد ان يوويه والجرين
فبلغ ثمن المجن فعليه القطع اخرجه ابو داود عن ابن مجلان ومن الوليد ابن كثير وعن عبيد الله بن الاخنس وعن محمد بن اسحق
اربعتهم عن عمرو بن شعيب به واخرجه النسائي ايضا من طريق ابن وهب عن عمرو بن الحارث وهشام بن سعد عن عمرو
ابن شعيب به وفي رواية ان رجلا من مزينة سال رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الحريسة التي توخذ من مراتعها فقال فيها ثمنها
مرتين وضرب ونكال وما اخذ من عطنه ففيه القطع اذا بلغ ما يوخذ من ذلك ثمن المجن قال يا رسول الله فالثمار وما اخذ منها
في الكمام فقال لين اخذ فحمله ولم يتخذ خبنة فليس عليه شيء ومن احتمل فعليه ثمنه مرتين وضرب ونكال وما اخذ من اجرانه
ففيه القطع رواه احمد والنسائي وفي لفظ ما نزى في اللفظ المعلق فقال ليس في شيء من الثمر المعلق قطع الا ما اواه الجرين
فبلغ ثمن المجن ففيه القطع وما لم يبلغ ثمن المجن ففيه غرامة مثليه وجلدات ونكال رواه الحاكم بهذا المتن وقال
قال اسماعيل ابن اسحق ابن راهويه اذا كان الراوي عن عمرو بن شعيب ثقة فحديثه كالموطا عن ابن عمر عن نافع عن ابن عمر ابن عمرو رواه ابن
ابي شيبة وقضى به عبد الله ابن عمرو وقال ليس في شيء من الثمر قطع حتى يادي الجرين واخرجه عن ابن عمر مثله سوا اجاب بانه
اخرج على وفق العادة والذي يوويه الجرين في عادتهم هو اليابس من الثمر وفيه القطع لان ما في المغرب من قوله الجرين
المربد وهو الموضع الذي يلقى فيه الرطب ليجف وجمعه جرن يقتضي انه يكون فيه الرطب في زمان وهو اوله وضعه
واليابس وهو الحاين في اخر حاله فيه ثم ليس في هذه الاحاديث لفظ الجران وكانه وقع في بعض الالفاظ الجران
فذكره المصنف على الشك وجران البعير مقدم عنقه من مذبحه الى منحره والجمع جران فكان ان يسمى به هنا الجراب
المتخذ منه فكانه قال حتى يوويه المربد او الجراب ثم المضي من قوله حتى يوويه الجرين اي المربد حتى يجف اي
حتى يتم ايواء الجرين اياه فانه عند ذلك يستقل عنه ويدخل الحرز والا فنفس الجرين ليس حرزا الجب القطع الا ان
منه اللهم الا ان يكون لحارس مترصد والجواب انه معارض باطلاق قوله عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثر وقوله
لا قطع في الطعام اما الاول فرواه الترمذي عن الليث بن سعد والنسائي وابن ماجة عن سفيان ابن عيينة
كلاهما عن يحيى ابن سعيد عن محمد بن يحيى بن حبان عن عمه واسع بن حبان ان غلاما سرق وديا من حائط فوقع الجمار
فاسر بقطعه فقال رافع بن خديج قال النبي صلى الله عليه وسلم لا قطع في ثمر ولا كثر رواه ابن حبان في صحيحه مرتبا
في القسم الاول وفي القسم الثاني قال عبد الحق هكذا رواه سفيان بن عيينة ورواه غيره ولم يذكروا فيه واسعا انتهى
ولذا رواه مالك والحاصل انه تعارض الانقطاع والوصل اذ لم يعرف انه زيادة من الراوي الثقة وقد تلقت
الامة هذا الحديث بالقبول فحديث تعارضا في الرطب الموضوع في الجرين وفيه مثله من الحدود يجب تقديم ما يمنع
لكثرة ادلته للحدود وان ما تقدم مسروق الظاهر فانه لا يضمن المسروق مثل ثمنه وان نقل عن احمد فعلى الامة
على خلافه لانه لا يبلغ قوة ثبوت كتاب الله تعالى وهو قوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى
عليكم فلا يصح عنه عليه السلام ذلك فغيه دلالة الضعف او النسخ فيتفرد هذا الحديث عن المعارض فيطل قول

من قال بتقييد حديث التمر والكثر بهذا التفصيل يعني بتفصيل الحديث المذكور بين ان ياكله من اعلى النخل فلا شيء عليه
او يخرجه فعليه ضعف قيمته وجلدات نكال وما اخذه من بيدره فيقطع والكثر اجمار وقيل هو الودي وهي خيار النخل
وجزم في المغرب انه خطا فاما الحديث الثاني فاخرجه ابو داود في المراسيل عن جرير بن حازم عن الحسن البصري ان
النبي صلى الله عليه وسلم قال لا قطع في الطعام وذكره عبد الحق ولم يعله بغير الارسال وانت تعلم انه ليس بعلة عندنا فيجب
العمل بوجوبه وحيث يجب اعتباره في غير محل الاجماع ولما كان الاجماع على انه يقطع في الحنطة والسكر لزم ان يحمل على ما يتسارع
اليه الفساد كالطهي الا ان منه والمائع معناه اللحم والثمار الرطبة مطلقا في الجرين وغيره هذا اذا لقطع وغيرها اجماعا اما هو
في عين سنة القحط واما فلا سواء كان مما يتسارع اليه الفساد اولا لانه عن ضرورة ظاهرا وهي تبيح التناول وعنه
عليه السلام لا قطع في مجاعة مضطر وعن عمر رضي الله عنه لا قطع في عام سنة القحط ولا قطع في الاستربة
المطربة اي المسكرة والطرب استخفاف العقل وما يوجب الطرب شدة حزن وجزع فيستخف العقل فيصدر
منه ما لا يليق كما نراه من صياح النائحات وضرب خدود هن وشق جيوبهن فيما لا بد منه شرعا وسلب احزن مصيبتهن
ثم يوجب لعنهن من الله ورسوله او سدة سرور فيوجب ما هو معبود من التالي والمسلة للاخلاف اما عند الائمة
الثلاثة فلانها كالخمر عندهم وعندنا ان كان الشراب حلوا فهو مما يتسارع اليه الفساد وان كان مرا فان كان خمرا
فلا قيمة لها وان كان غيرها فللعلماء فيه وجهان اختلاف فاما من في معنى ما ورد به النص من المال المتقوم فلا يلحق به
في موضع وجوب الدرء بالشبهة لان السارق يجهل حاله في انه يتناول فيما لا اراقة فتثبت بشبهة الاباحة بازالة
المنكر وفي سرقة الاصل يقطع بالخل ونقل ان طفى من كتاب المجرد قال ابو حنيفة لا قطع في الخل لانه قد صار خمرا ثم عاد وفي نوادر
ابن سليمان برواية علي ابن الجعد لا قطع في الزب والحلاب ولا في الطنبور ونحوه من الات الملاهي بلا
خلاف ايضا لعدم تقومها حتى لا يضمن متلفها وعند ابي حنيفة ان ضمنها لغير اللهو الا انه يتناول اخذه للنهي عن المنكر
والمعارف جمع المعزف وهو آلة اللهو ولا في سرقة المصحف وان كان عليه حلية وقال الشافعي ومالك
وهو رواية عن احمد تقطع وهو رواية عن ابي يوسف فيما اذا بلغت حليته نصابا وفي رواية اخرى عنه يقطع
مطلقا لانه مال محرز يباع ويشترى بالمكان ورقم ما اوجب كتب فيه ازداد به ولم ينتقص وفي رواية اخرى عن احمد ان
اخذ يتاول القراءة لم تقطع لانه الاشكال يقطع وجه الظاهر ان الاخذ يتاول في اخذه القراءة والنظر فيه وان المالية
للنسخ وهي الجلد والاوراق تابعة للمتبوع وهو المكتوب واحرازه لاجله والاخذ يضا يتاول اخذه لاجله لا للتبع والمعتبر
بالتبع كمن سرق اناء فيه خمر وقيمة الاناء تزيد على النصاب لا يقطع ولكن سرق صبيا حرا وعليه حلي كثير لا يقطع لان المقصود
ليس الحلي قال في المبسوط الهندواني انه لو سرق ثوبا يساوي عشرة ووجد في جيبه عشرة مصرورة ولم يعلم بها لم
اقطعه وان كان يعلم لا فعليه القطع وعن ابي يوسف عليه القطع في الاحوال كلها لان سرقته تمت في نصاب كامل وهكذا
نقول السارق انما قصد اخراج ما يعلم به دون ما لا يعلم به واذا كان عالما بالدراهم فقصده اخذ الدراهم بخلاف
ما اذا لم يعلم لان قصده الثوب وهو ما يساوي نصابا وقد تقدم في مثله انه ان كان الثوب مما جعل وعاء عادة
للدراهم قطع والا لا وهنا ورد بين العلم وعدمه فالحاصل انه يشترط ظهور المسروق فان كان الظاهر فقد النصاب
من المال قطع والا لا وعلى هذا فمثله العلم بالمصرورة وعدمه صحيح الا ان كونه يعلم او لا يعلم وهو المدار في نفس الامر
لا يطلع عليه ولا يثبت الا بالاقرار وما تقدم هو ما اذا لم يتيسر له بما في الثوب فانه لا يقطع حتى يكون معه دلالة
القصد اليه وذلك بان يكون ليس فيه الدراهم فلا يقبل قوله لم اقصد لم اعلم ولا قطع في ابواب المسجد لعموم
الاحراز وقال الشافعي يقطع وجه قال ابن القاسم صاحب مالك انه محرز بما حرز مثله ولذا يقطع عندهم في باب الدار
فقياسه عليه مردود المختلف في المختلف والوجه ما قلنا والاشك في انه اما ليس محررا او في حرزه شبهة اذ هو
باد للغادي والرائح وهو ينتفي الحد بها ان المصنف لم يذكر ذلك في مقام نصب الخلاف لما لزمه ذلك بل اثبته لنفسه
على اصوله فانه لم ينصب خلافا وانما يعترض بذلك لو نصبه خلافا وافاد المصنف في اثنا المسئلة انه لا قطع بسرقة
متاع المسجد لحصول قناديل لعدم الحرز ولذا لا يقطع في استار الكعبة وهو قول مالك واحمد والاصح من قولي الشافعي
انه لا مالك له وبهذا الوجه ينتفي القطع في باب المسجد ولو سلب من الذهب او الفضة ولا قطع

كان من ذهب وهو بكسر الشين بوزن فرطعب ولا لانه يتناول لو اخذها الكسرا باباحة الاخذ للكسر نهيا عن المنكر ولا يجب الاخفاء ما فيه من المالية والصليب ما هو بهيئته خطئ متقاطعين وقال الكاكا جسم ملب ومن ثم لم ير ابن يوسف ان كان الصليب في معابدهم اي معابد هم لا يقطع لعدم الحرز لانه بيت ماذون فيه لو ان كان في يد رجل في حرز لا شبهة فيه يقطع لانه مال محرز بالكمال وجوابه ما ذكرنا من تاويل الاباحة وهو عام لا يخص عند الحرز وهو المسقط

ولا قطع على سارق الصبي الحر وان كان عليه حتى يبلغ نصابا وقيد بالحر ليخرج العبد على ما سيأتي وللحلي بظم الحاجم حلي بفتحها ما يلبس من ذهب او فضة وجوهر وقال ابو يوسف يقطع اذا بلغ ما عليه نصابا لانه يجب القطع بسرقته وحده فكذا مع غيره والخلاف في صبي لا يمشي ولا يتكلم فلو كان يمشي ويتكلم وميز كما يقطع اجماعا لانه في يد نفسه فكان اخذه خداعا ولا قطع في الخداع ومن لم يذكر الحاكم في الحلي الخلاف من اصحابنا ومن ذكره لصاحب المختلف ذكر انه ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف يقطع قيل كان ينبغي للمصنف ان يقول وعن ابي يوسف والا اوهم انه مذهبه المعول عليه عنده وليس كذلك وقال مالك والحسن والشعبي يقطع بسرقه غير المميز لانه كالمال وجه الظاهر ان الصبي اذا كان كما ذكرنا يكون هو المقصود بالاخذ دون ما عليه والاخذ ما عليه وتركه وهو ليس بمال ولا قطع الا في اخذ المال فلا يقطع وان كان اثمه وعقابه اشد من سارق المال في الحديث القدسي عن رب العزة تلك انا خصمهم يوم القيمة رجل اعطى ثم غدر ورجل باع حرا فاكل ثمنه ورجل استاجر اجيرا فاستوفى منه عملا ولم يوفه اجره فالاثم الذي هو العقوبة الدنيوية لم تثبت عليه واما التاويل الذي ذكره من قصد شكيته والبلاغ له الى مرضعته فبعيد بعد فرض تحقق سرقته الظاهر منه خلافه وعلى هذا الخلاف اذا سرق انا فضة فيه بنيذا وتربيا وتربيا وكلبا عليه قلادة فضة يقطع على رواية ابي يوسف وهو قول الائمة الثلاثة وابي حنيفة ومحمد ان الاناء تابع واذا لم يجب في المتبوع القطع لا يجب في التابع واعتمادي وجوب القطع في الاناء المعاين لذهبيته وان كان فيه ما كان فان تبعيته لاعتبار ما فيه لا باعتبار القصد باخذ اليه بل الظاهر ان كلا منهما اصل مقصود بالاخذ بل القصد اليه اظهر منه الى ما فيه لانه يتوصل به الى تحصيل اضعاف ما فيه والمانع من القطع انما هو التبعية في قصد الاخذ لا باعتبار غيره والظاهر ما يوافق ما ذكرناه في التجنيس من علامة العيون سرق كوزا فيه ماء فيه عسل وقيمة الكوز تسع وقيمة العسل درهم يقطع ولذا اذا سرق حمارا يساوي تسع دراهم والحمار يساوي درهما بخلاف ما لو سرق قمقمة فيها ماء يساوي عشرة لانه سرق ماء في وجه وهو نظير ما تقدم من المبسوط فيمن سرق ثوبا يساوي عشرة حصر وعليه عشرة قال يقطع اذا علم ان عليه ما لا بخلاف ما اذا لم يعلم ولا قطع في سرقة العبد الكبير يعني العبد المميز المعبر عن نفسه بالاجماع الا اذا كان نائما او مجنونا او اعجميا لا يميز بين سيده وبين غيره في الطاعة فيقطع ذكر في الاستئناس قدامه ولم يذكر خلافا بخلاف ما ذكرناه في التجنيس من علامة العيون سرق كوزا فيه ماء فيه عسل وقال هو ليس بسرقة بل اذا غصب او خداع ويقطع في سرقة العبد الصغير الذي ليس له ذلك بالاجماع لانه قال متنوع هذا على الاجماع ابن المنذر مع ان ابا يوسف قال استحسن ان لا اقطعه لانه مال من وجه آدمي من وجه فصار كونه آدميا شبهة في ماليته فيندرء الحد فالدفع منها لا بد ان يتسلط على هذه الملكة فصوف اسند لا لها كما قيل ولها ان حقيقة السرقة وهو اخذ مال محترز خفية من حرز لا شبهة فيه مع بقية الشروط قد وجدت فيجب القطع غير ان في المقصود وقول المصنف ولها انه مال مطلق لانه منتفع به ان كان ممشيا ويعقل او بعد ان يصير منتفعا به ان كان خلاف ذلك احسن منه لتضمن لفظ مطلق منع ان في ماليته شبهة وانضمام معنى الآدمية اليه لا يوجب عدم صدق معنى المال الكامل عليه بين وهو من اعز الاموال عند الياس وما فيه من المالية قليل فيما ليس بمال فصار في كما لو سرق ذرة تفيسة فما ليس بمال ولو قال قابل بل المعنى عدم القطع وهو سرقة ما ليس بمال فيما هو مال لم يجد فيتقض على منع ثبوت الشبهة في ماليتها قلنا ولا قطع في الدفاتر كلا كان المقصود ما فيها وذلك ليس بمال لان الدفاتر لحساب لان ما فيها لا يقصد باخذ خلا لانه لا يستفيد الآخذ به نفعا فكان المقصود الكواغد ويدخل في عموم ولا يقطع في الدفاتر كلا الكتب المشتملة على علم الشريعة كالتفسير والحديث والتفسير وغيرها في العربية والشعر وقد اختلف في غير ما قبل لحقته يد فاتر الحساب فيقطع فيها وقيل بكتب الشريعة لان مصرفها قد يتوقف على اللغة والشعر والطامة وان قلت كنت في ايراث الشبهة ومقتضى هذا ان لا تختلف في القطع بكتب السحر والفلسفة لانه لا يتقدد ما فيها كما على

الديانة فكانت سرقة صرفا ولان عدم القطع بالحاوي بالكتب الشرعية ولبيت اياها اذ لا يتوقف معرفة الشريعة على ما فيها خلاف كتب الادب والشعر ويكن في كتب الحساب والهندسة عدم القطع وعند الائمة الثلاثة يقطع بالكل من كتب الشريعة وغيرها لانها مال يتقوم وان تمت ما به الدفع ولا في سرقة كلب قنا وهذا بالاجماع طلا خلافا لاشهب فيما ذكر ابن القاسم فانه قال بعدم القطع في المنهي عن اتخاذه اما في الماذون في اتخاذه كالكلب الصيد والماشية فيقطع وقلنا هو مباح الاصل وحب الاصل هو غير مرغوب فيه ولان الاختلاف بين العلماء بعد الزاله الطلب فاورث شبهة ولا قطع في دف ولا طبل ولا سرمار ولا مزمار وكذا جميع الات اللهو لان عند الائمة الثلاثة وعند ابي حنيفة يتناول في اخره الكسر وفي دال الدف الضم والفتح واختلف في طبل الغزاة فقيل لا يقطع واختاره الصدر الشهيد لانه يصلح للهو وان كان وضعه لغيره وقيل يقطع لانه مال متقوم ليس موضوعا للهو فليس الى اللهو

ويقطع في الساج والقنا والابنوس وهو بفتح الباء فيما سمع والصندل والعود الرطب لان كل هذه ليست مباحة في دار الاسلام والمعتبر فيما ذكرنا توجد مباحة في دار الحرب فليس شبهة في سقوط القطع لان سائر الاموال حتى الدنانير والدراهم مباحة في دار الحرب ومع هذا يقطع فيما في دارنا وروى هشام عن محمد لا قطع في العاج مال يعمل وكذا نقل الملقاني عن محمد في الابنوس والظاهر القطع كما ذكرنا ومقتضى النظر عدم القطع في العاج لما قيل من نجاسة عين الفيل فانه ينفي مالية العاج لحلول الشبهة في المالية ويقطع في الفصوص النفيسة والزبرجد لانها من اعز الاموال ولا توجد مباحة الاصل في دار الاسلام فصارت كالذهب واذا اتخذ من الخشب اواني ابوابا قطع فيها

لانه لما اتخذ الخشب بالصنعة التحقت بالاموال النفيسة ولذا احترز بخلاف الحصر لان الصنعة لم تغلب على الجنس للتقطع ملاحظة بالفاظ يخرج بها من كونها من ما يسرع الناس حتى ان الحصر تبسط في غير الحرز ولذا النقب المصنوع بواري بخلاف الخشب غلبت الصنعة فيه على الاصل فقطع فيما اتصل به منه حتى لو غابت في الحصر ايضا قطع ولا كالحصر البغدادية والعبدانية في ديارنا مصرود لا سلة ربه وهي العبدانية وتقطع عندها لا يخلافا لهما هذا في عرف المسايل سرق جلود السباع المدبوغة لا يقطع فاذا جعلت مصلى او سباطا يقطع هكذا قال محمد لانها اذا جعلت كذلك خرج من ان يكون جلود السباع لانها اخذت اسما اخر انتهى وهذا ظاهر في ان علة الصنعة التي يقطع لكل الجنس لا ان تنقطع بالاسم وعلمت عدم القطع في الحصر التي ليست نفيسة مع تجدد اسم اخر لها فليكن ذلك لنقصان احرازها حيث كانت تبسط في غير الحرز اذ كان شبهة النقاوة ولا كما قالوا انه يقطع في الملح لذلك ولا يقطع في الاجر والخمار لان الصنعة لم تغلب فيها وظاهر الرواية في الزجاج انه لا يقطع لانه يشرع اليه الكسر فكان ناقص المالية وعن ابي حنيفة يقطع كالخشب اذا منع منه الاواني عما يقطع في الباب المصنوع من الخشب اذا كان غير مركب على الجدار بل موضوع داخل الحرز اما المركب فلا يقطع به عندنا فصار كسرقة ثوب بسط على الجدار بالسكة وغير المركب لا يقطع به اذا كان ثوبا لانه يحمل الواحد انه يرغب فيه ونظر فيه بان تغلبه لا تنافي ماليته وانتفاعا فانما تعلل فيه رغبة الواحد لا اجماعا ولوضوح هذا امتنع القطع في قردة حمل من قاش ونحوه وهو منتف ولذا اطلق الحاكم في الكافي القطع في كتاب الجامع وفي الشامل في قسم المبسوط وقد مر ان عند الائمة الثلاثة يقطع في باب الدار لانه مال متقوم ومحرز بحرز مثله فيه وحرز حايط الدار بكونه حينا فيها فما كانت في العمران وما كان حرز النهر يكون حرز العنبر وهذا عندنا ممنوع ولو اعتبر مثله امكن اعتبار الحرز في كل شئ ولا قطع على خاين وخاينة في كل شئ

وهو ان يؤتمن على شئ بطريق العارية او الوديعة فياخذه ويدعي ضياعه او ينكر انه كان عنده وديعة او عارية وعلله بتصور الحرز لانه قد كان في يد الخاين وحرزه لامر المالك على الخلوص وذلك لان حرزه وان كان حرزا للمالك فانه احرزه بايداعه عنده لكنه حرز ماذون للسارق في دخوله ولا مستهب لانه مجاهر بفعله لا مختف فلا سرقة فلا قطع ولذا المختلس فانه المختطف من البيت ويذهب او من يد المالك وبه استدل الاربعة من حديث جابر عنه عليه السلام قال ليس على خاين ولا مستهب ولا مختلس قطع قال الترمذي حديث حسن صحيح وسكت عنه ابن القطان وعبد الحق في احكامه وهو تصحيح منهما وتعليل ابي داود مرجوح بذلك وقد حكى الاجماع على هذه الجملة لكن مذهب اسحق بن راهويه ورواية عن احمد في جاحد العارية انه يقطع لما في الصحيحين منه حديث عايشة ان امراة كانت

تستعير المتاع وتجحده فامر النبي صلى الله عليه وسلم بقطعها وعامة العلماء اعتمدوا بهذا الحديث واما ابو حنيفة فحديث عائشة
بان القطع كان السرقة صدرت منها بعد ان كانت اباحت متصفة مشهورة بجحد العارية معروفة بها عائشة بوضع المشهور
فالمعنى امراة كانت وصفها جحد العارية سرقت فامر بقطع يدها ليل ان شيوع قصة ان اسامة بن زيد شفع فيها الحديث يدل على ان
قال فقام عليه السلام خطيبا فقال انما اهلك من كان قبلكم بانهم كانوا اذا سرق فيهم الشريف تركوه واذا سرق فيهم الضعيف
قطعوه وهذا يدل على ان الاحاد شرعة واحدة لامراة واحدة لان الاصل عدم التعدد ويجمع بين الحديثين خصوصا وقد
بلغوا الامة الحديث الاخر بالقبول والعمل به فلو فرض انها لم تسرق على ما اخرجه ابو داود عن الليث حدثني يونس
عن ابن شهاب قال كان عروة يحدث ان عائشة قالت استعارت امراة منى حلى على السنة اناس يعرفون ولا اعرف هي
فباعته فاخذت فاتى بها النبي صلى الله عليه وسلم فامر بقطع يدها وهي التي شفع فيها اسامة بن زيد وقال فيها رسول الله صلى الله
عليه وسلم ما قال لان حديث جابر مفرد ما يحمل القطع بجحد العارية على النسخ وكذا الوصل على انها واقعتان وانه عليه السلام
قطع امراة بجحد المتاع واخرى بالسرقة يحمل على نسخ القطع بالعارية بما قلنا وفي سنن ابي داود ثنا ابو بكر بن ابي شيبة
ثنا عبد الله بن نمير ثنا محمد بن اسحق عن محمد ابن طلحة ابن ركانة عن امه عائشة بنت مسعود بن الاسود عن ابيها قال
سرقت المراة تلك القطيفة من بيت رسول الله صلى الله عليه وسلم اظنها ذلك ولكانت امراة من فزيش فجيء بها الى النبي صلى الله عليه وسلم حكمه
وقلنا نحن نؤدي ثمانية دراهم او نيفه فقال صلى الله عليه وسلم تطهر خير لها فاتينا اسامة ابن زيد فقلنا له كلم لنا رسول الله صلى الله
عليه وسلم فلما كلمه قال ما اشاركم على في حد من حدود الله والذي نفسي بيده لو كانت فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها
قال ابن سعد في الطبقات هذه المراة هي فاطمة بنت الاسود بن عبد الاسود وقيل هي ام عمر بنت سفيان بن عبد الاسد
اخت عبد الله بن سفيان وانما تقطع على ما شرحه الذي يسرق الكفن الموتى بعد الدفن وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال
ابو يوسف وباقي الائمة الثلاثة عليه القطع وهو مذهب عمر وابن مسعود ومن بعدهما ابو ثور والحسن والشعبي
والنخعي وقتادة وحماد وعمر ابن عبد العزيز وقول لابي حنيفة قول ابن عباس والثوري والاوزاعي ومكحول والزهري
ثم الكفن الذي يقطع به ما كان مشروعا فلا قطع في الزايد على كفن السنة وكذا ما ترك معه من طيب او مال ذهب وغيره
لانه تضييع وسفه فليس بحرز زاد في الوجيز في الزايد على العدد الشرعي وجهان ثم الحق للوارث عند عدم فهو الخصم
في القطع وان كفنه اجنبي فهو لهم لانه ليتم قوله عليه السلام من نبش قطعناه وهو حديث مكذوب وانما اخرجه البيهقي وصرح
بضعفه عن محمد ان يزيد ابن البراء بن عازب عن ابيه عن جده وفي سنده من يجهل حاله كثير بن حازم وغيره ومسلم
الحديث الذي ذكره المصنف لا قطع على المختفي قال وهو النباش بلغة اهل المدينة اي بعرفهم واما الاثار فقال ابن المنذر
روي عن ابن الزبير انه قطع نباشا وهو ضعيف ذكره البخاري في تاريخه ثم اعله بسهيل ابن ذكوان المكي قال
عطا كانتهمه بالكذب والوضع وعن ابن عباس رواه ابن ابي شيبة وفيه مجهول قال ثنا شيخ لقيته عن عن
روح بن القاسم عن مطرف عن عكرمة عن ابن عباس قال ليس على النباش قطع واما ما رواه عبد الرزاق اخبرنا ابراهيم
بن ابي يحيى الاسلمي اخبرني عبد الله ابن ابي بكر عن عبد الله بن عامر ابن ربيعة انه وجد فتا يختفون القبور باليمن على
عهد عمر ابن الخطاب فكتب فيهم الى عمر فكتب عمر ان اقطع ايديهم فاحسن منه بلا شك ما رواه ابن ابي شيبة ثنا علي ابن مسهر
عن عمر عن الزهري قال الى مروان بقوم يختفون اي ينبشون القبور فضربهم ونفاهم والصحابة متوافرون
انتهى واخرجه عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا معمر به وزاد وطوف بهم وكذا احسن منه بلا شك ما روى ابن ابي شيبة
ثنا مخلص عن اشعث عن الزهري قال اخذ نباش في زمن معاوية وكان مروان على المدينة فسال ابن حضرة من الصحابة
والتابعين فاجمع رايهم على ان يضرب ويطاف به انتهى فهذا نص في ترجيح مذهبنا من جهة الاثار واما من جهة
المعنى فلهم ما ذكره المصنف بقوله لانه مال متقوم محرز بحرز مثله فيقطع فيه اما المالية فظاهر واما الحرز فلان
القبر حرز للميت وبما به تبع له فيكون حرزا لها ايضا وقد سمى النبي صلى الله عليه وسلم القبر بيتا في حديث ابي ذر قال
له عليه السلام لعلك ان اخا صاب الناس موت يكون البيت فيه بالوصيف يعني القبر قلت الله ورسوله اعلم او ما اختار الله
لي ورسوله قال صلى الله عليه وسلم عليك بالصبر وقد بوب ابو داود عليه فقال باب قطع النباش قال ابن المنذر واستدل به
ابو داود لانه سمى القبر بيتا والبيت حرز والسارق من الحرز يقطع ولانه حرز مثله لان حرز كل شيء ما يليق به فحرز الدواب

بالاصطبل والدرة بالحق والصندوق والشاة بالحظيرة فلو سرق شيئا من ذلك قطع ولو سرق الدرة من اصطبل
او من حظيرة لا يقطع اولا يرى ان الوصي اذا كفن صبيا من ماله لا يضمن لو زنته شيئا فلو لم يكن محرزا كان تضييعا موجبا
الضمان فلان اخذ الكفن من القبر غير السرقة والجواب اولا منع الحرز لانه حفرة في الصحراء ماذون في المرور به
ليلا ونهارا واغلق عليه ولا حارس يتعهد لحفظه فلم يبق الا مجرد دعوى انه حرز تسمية ادعائه بلا معنى وهو ممنوع
ولزوم التضييع ولو لم يكن حرزا ممنوع بل لو لم يكن مصروفا الى حاجة الميت والصرف الى الحاجة ليس تضييعا فلذا
لا يضمن ولو سلم فلا ينزل عن ان يكون في حرز شبهة وبه يندفع القطع ويبقى ثبوت الشبهة في كونه مملوكا وفي ثبوت
الحلل في المقصود من شرعية الحد وهو ما اقتضر عليه المصنف زيادة فكل منهما يوجب الدرء اما الاول فلان الكفن غير
مملوك لا لحاجة الميت لانه ليس اهلا للملك ولا للوارث لانه لا يملك من التركة الا ما يفضل عن حاجة الميت ولذا يقطع بسرقة
التركة المستغرقة لانها ملك للغرماء حتى كان له ان يأخذها لحقه فان سلم ما قلنا من انه لا يملك لا محل لم يقطع لانتفاء
شبهة في مملوكيته بقولنا فلا يقطع به ايضا بل نقول تحقق قصور في نفس مالية الكفن وذلك لان المال ما يجري فيه الرغبة
والصنة والكفن ينفر منه كل من علم انه كفن به ميت الا نادرا من الناس فلان شرع الحد الازجار والحاجة اليها ما يكثر
وجوده فاما ما ينذر ولا يبذع فيه لوقوعه في غير محل الحاجة لان الازجار حاصل طبعا كما قلنا في عدم الحد بوطي
البهيمة واما الاستدلال بتسميته بيتا فبعد ان الطلاقه اما مجازا فان البيت ما يحوطه اربع حوايط تونض للبيت
وليس القبر كذلك على ان حقيقة البيت لا يستلزم الحرز فقد يعد مع عدم الحرز اصلا كالمسجد ومع الحرز مع نقصان
وهو كثير ومع الحرز التام مجردا تسميته بيتا لا يستلزم القطع خصوصا في مقام وجوب درية ما امكن بل يجب حمله
على بعض المعاني المتعددات التي تحتملها معنا والله سبحانه اعلم وهذا في القبر المحاط بالحيطان في الصحراء بلا خلاف عندنا اما لو كان القبر
في بيت مقفل فقيل يقطع به لوجود الحرز والصحيح انه على الخلاف فلا يقطع عندنا وان وجد الحرز للموانع من نقصان
المالية وعدم المملوكية والمقصود من شرعه ولذا اذا سرق من ثابوت في القافلة وفيه الميت لما بينا من تحقق
الخلل في المالية وما بعدها هذا ولو اعتاد اللص ذلك للامام ان يقطعه سياسة لا حدا وهو محمل ما روده لو صح

ولا يقطع السارق من بيت المال به قال ابن ابي ليلى وزفر والشعبي وقال مالك يقطع وهو قول
حماد وابن المنذر لظاهر الكتاب ولانه مال محرز لا حق له فيه قبل الحاجة ولنا انه مال العامة وهو نهم وعن عمر وعلي رضي الله عنهما
وعن ابن مسعود فيمن سرق من بيت المال قال ارسله فما من احد الا وله في هذا المال حق ولا يقطع في مال السارق فيه شركة
لان سرقة احد الشريكين من حرز الاخر مما اشتركا فيه نتما لما قلنا من ان للسارق فيه نتما ومن له على احد دراهم
فسرق متاعا لم يقطع لانه استيفاء حقه والحال والمؤجل في عدم القطع سواء استحسانا لان التاجيل لتاخير المطالبة والتاخير
ان يقطع لانه مباح له اخذ قبل الاجل وجه الاستحسان ان بثبوت الحق وان تاخرت المطالبة يصير شبهة دارية
وان كان لا يلزمه الاعطاء الان وكذا الوسرق الكثير من حقه لا يقطع لان بالزيادة يصير شريكا في ذلك المال بمقدار حقه
ولا فرق بين كون المديون المسروق منه مماطلا او غير مماطل خلافا لمالك في تفصيله بين المماطل فلا يقطع به وغير
المماطل يقطع ولو اخذ من غير جنس حقه فان كان حقه دراهم اودنانير فاخذ عروضا قطع لانه ليس له اخذها
اللهم الا ان يقول اخذتها هنا بدينى فلا يقطع وعن ابي يوسف لا يقطع لان له ان يأخذه عند بعض العلماء لقول عن
ابي ليلى قضاكتمه او رهنا به قلنا هذا قول لا يستند الى دليل ظاهر فلا يصير شبهة دارية الا ان ادعى ذلك
وان كان حقه دراهم فاخذ دونا نيرا وعلى القلب اختلف فيه قيل يقطع لانها كالتصبر قصاصا كتمه وانما يقع تبعا ولا
يصح الا بالتراضي فلم يرض له اخذها وقيل لا يقطع لانحاد نفسه سيما من حيث التنمية ويقطع لو سرق حليا من فضة
ودنيه دراهم ولو سرق المكاتب او العبد من غريم المولى قطع الا ان كان المولى وكلا بالقبض لان حق الاخذ
لا حق لغريم ولو سرق من غريم ابيه او غريم ولده الكبير او غريم مكاتبه او غريم عبده المأذون المديون قطع لان حق
قبضها وهي بحالها لم يقطع والقياس ان يقطع وهو رواية عن ابي يوسف وهو قول الشافعي ومالك واحمد لعموم قوله
صلى الله عليه وسلم فان عاد فاقطعوا فيما رواه الدارقطني من حديث ابي هريرة بطرق فيه الواقدي عنه عليه السلام اذا سرق عبدا فقطع فزعم ان

اذا سرق السارق فاقطعوا يده ثم ان عاد فاقطعوا رجله اليسرى الحديث ولان السرقة الثانية مثل الاولى في سببية القطع بل الخمس ان العود بعد الزواجر وصار كما اذا باعه المالك من السارق وخص ابا يوسف المسروق عاد بعوده بالرد الى المالك ولهذا يضمن السارق لو اتلفه بعد الرد لتمت سببية القطع كما لو سرقه غيره او سرقه هو من غيره وصار كما لو باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه كان السرقة فانه يقطع اتفاقا ولنا ان القطع اوجب سقوط عصمة المحل في حق السارق وبالرد الى المالك ان عادت حقيقة العطية بقيت شبهة اذ ساقطة نظرا الى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب للسقوط وهو القطع فان كل واحد من هذين يوجب بقاء السقوط الذي تحقق بالقطع فحيث عادت العصمة وانتفى السقوط بعد تحققه كان مع شبهة عدمه فيسقط بها الحد بخلاف ما لو سرقه غيره لان السقوط ليس الا بالنسبة الى المقطوع يده لا سواه فيقطع وبخلاف صورة البيع المذكور من السارق وسرقة السارق اياه من غيره لان هناك تبدل الملك ويتبدل الملك يوجب تبدل العين حكما كما عرف من حديث بريرة من قوله عليه السلام هو عليها صدقة ولنا هناك هديته موالاة عين الحق مع ان شايخ العراق على انه لا يقطع في صورة تبدل الملك بالشراء قلنا ان تمسكه فلانهم القياس عليه وعند مشايخ بخارى يقطع لتبدل العين حكما وجوابه ما قلنا وايضا تكرر الجناية بعد قطع يده نادر وتقدم ان ما يندر وجوده لا يشرع فيه عقوبة دنيويه زاجرة فانا نعتبر عين المقصود وهو تعليل الجناية اذ هي قليله بالعرض فلم تقع في محل الحاجة وصار كما لو قذف شخصا فحد به ثم قذفه بعين ذلك الزنا فان حال الاباق على قسمين الزنا الذي نسبة اليه لا يحد ثانيا فكذا هذا اما لو قذفه بزنا آخر حد به واورد على الوجه النقض بالزنا ثانيا بالمراة التي زنا بها اولا بعد ان حد هو ابزناه الاول اباقه بعيد ثانيا اجماعا فلم يكن بعود الزاجر موجبا لعدم شرعيته ثانيا وقوعه في غير محل الحاجة اليه لوقوع واجب بالفرق بان حرمة المحل في الزنا لا تسقط باستيفاء الحد بخلاف السرقة وهذا فرق صحيح يتم به وجه اختلاف الحكم المذكور في الزنا والسرقة لكنه لا يصح جوابا للنقض الوارد على هذا الوجه بخصوصه اعني كون اقامة الحد اولا توجب بذر قالعود فتوجب عدم شرع الزاجر في العود وكذا الفرق بان القطع حق لا شبهة فيه لانه خصومة المالك والخصومة لا تكون في محل بعد استيفاء موجب ما هي فيه كما لو قذف غير وادعى للزوار على خصومة هذا الوجه المدعي استغلاله فان تغير عن حاله مثل ان يكون المسروق الذي قطع به عرضا فصبغ بعود رده فسرقه ثانيا قطع وكذا لو كان قطعا فصار غرضا لان العين قد تتبدل ولهذا ملك الغاصب ويجب عليه ضمان قيمته مع قيامه بصورة الثوب واذا تبدلت العين انتفت الشبهة الناشية من اتحاد المحل والقطع وهو باجر عطف على لفظ اتحاد على لفظ المحل اي وانتفت الشبهة الناشية من اتحاد القطع وهي شبهة قيام سقوط العصمة كما كانت باعتبار اتحاد العين والتغير يوجبها شيئا آخر فان قيل العين قائمة حقيقة وانما تبدل الاسم والصورة اجيب بان للمتمكن قبل تبدل الصورة شبهة سقوط العصمة فكان الممكن بعوده شبهة الشبهة فلا تعتبر وفي شرح الطحاوي واذا سرق ذهبا او فضة وقطع به ورد فجعله المسروق منه آنية او كانت آنية فضربها دراهم ثم عاد فسرقه لا يقطع عند ابي حنيفة لان العين لم تتغير عنده وقالا يقطع لانها تغيرت وفي فتاوى البيهقي سرق ثوبا فخاطه ثم رده فنقص فسرق المنقوص لا يقطع لانه لا يقطع حق المالك لو فعله الغاصب فلم يصر به حكم عين اخرى

فصل في الحرز والاخذ منه

قدم بيان ما يتعلق بذات المسروق وهو ما يقطع فيه وما لا يقطع لانه لا مر في ذاته ثم شرع بحرزه لانه خارج عنه ثم الاخراج من الحرز شرط عند عامة اهل العلم وعن عايشة والحسن والنخعي اذا جمع المال في الحرز قطع وان لم يخرج به وعن الحسن مثل قول الجماعة وعن داود لا يعتبر الحرز اصلا وهذه الاقوال غير ثابتة عمن نقلت عنه ولا قائل من اهل العلم الا ما ذكرنا وهو كالاجماع قاله ابن المنذر وقد ثبت ان لا قطع في اقل من ثمن المجن ولا قطع في حريسة الجبل فتخصصت الآية به فجاز تخصيصها بعده من الامور الاجماعية وما باخبار الآحاد وسيأتي ما هو ابلغ من ذلك ثم الحرز ما عد عرفا حرزا للاشياء لان اعتباره تبين شرعا من غير تنصيص عليه بنابه فيعلم به اذ مدار الي عرف الناس فيه والعرف تتفاوت وقد تحقق فيه اختلاف لذلك وهو في اللغة الموضع الذي يحرز فيه الشئ وكذا هو في الشرع الا انه بقيد اي المكان الذي يحرز فيه المال كالدار والحانوت والجمة والشخص نفسه والمحرز مالا يجوز صاحبه مضيعا ومن سرق من ابويه وان علا او ولده وان سفل او ذي رحم محرم منه كالاخ والاخت والعم

والخال والخالة والعمة لا يقطع وقال مالك وداود يقطع بالسرقة من الابوين لانه لا حق له في مال ولده لما روينا ويتمثل بتملكها وجه يبطل قوله فيه الحاق اما في الولاد فلا اختلاف فيه وقال ابو ثور وابن المنذر يقطع الاب ايضا في سرقة مال ابنه لظاهر الآية وقالت الثلاثة في يقطع في السرقة من غير الولاد اما وجه الاول اي عدم القطع في قرابة الولاد فلانها عادة تكون مرة البسوطة في المال والاذن في الدخول في الحرز حتى يعد كل منهما منزله الآخر ولذا امنعت شهادته له شرعا ونخص سرقة الاب من مال الابن بقوله عليه السلام انت ومالك لابيك واما غير الولاد وهو الذي اراد المصنف بقوله والثاني للمعنى الثاني اي الاذن في الدخول في الحرز فان المحرم ان ففي رحمه الله بالغرابة البعيدة قال المصنف وقد بينا وجه العناق في مسئلة من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه ونحن نخفاه بقرابة الولاد وقد رأينا الشرع الحقهم بهم في اثبات الحرمة وانتفاض الوصل فلذا الحقناهم بهم في عدم القطع بالسرقة ووجوب النفقة ولان الاذن بينهما ثابت عادة للزنا ومسئلة الرحم ولذا اهل النظر منا الحقوا مواضع الزينة الظاهرة والباطنة كالعضد الدملوج والعنق للقلادة والساق للخلخال وما ذاك الا للدوام الحرج لموجب ستر ها عنه مع كثرة الدخول عليها وهي من اهل الاعمال وعدم احتشام احدهما من الاخر وايضا فهذه الرحم المحرمة يفترض وصلها ويحرم قطعها والقطع يحصل القطع فوجب صونها بدرئه وذكرنا في الخلخال وسيأتي ما فيه وما يدل على نقصان الحرز في قوله تعالى ولا على انفسكم ان تأكلوا من بيوتكم او بيوت اباكم او بيوت امهاتكم او بيوت اخوانكم او بيوت اخواتكم او بيوت اعمامكم او بيوت عماتكم او بيوت اخوالكم او بيوت خالاتكم او ما ملكتم مفاتحه او صديقكم ورفع الجناح عن الاكل من بيوت الاعمام والعمات مطلقا يوجب سقوط الحرز فيه فكذا في الدخول ولو سلم فاطلاق الاكل مطلقا يمنع قطع الغير ثم هو ان ترك للقيام وليل المنع بيت شبهة الاباحة على وان ما قلنا في انت ومالك لابيك فان قلت فقد قال او صديقكم كما قال او بيوت اخوانكم واجاب بانه يقطع بالسرقة من صديقه اجيب بانه لما فقد سرقه ماله فقد عاداه فلم يتمحض الاخذ الا في حال العداوة ولو سرق من بيت في الرحم المحرم ممن عينه لا يقطع ولو سرق مال ذي الرحم المحرم من بيت غيره يقطع اعتبارا للحرز وعدمه فسرقة مال الغير منه بيت في الرحم المحرم سرقه من غير حرز وسرقة مال ذي الرحم من بيت غيره سرقه من حرز فيقطع وهذا يعكس على الوجه الذي قدمناه من ان في القطع العظيم يفتدر وهو المرعود ولذا والله اعلم لم يرجح المصنف عليه ومن سرق من امه من الرضاعة قطع وهو قول اكثر العلماء وعن ابي يوسف لا يقطع لانه يدخل عليها من غير استيذان وحشمة كلا ان الاخت من الرضاع لانعدام هذا المعنى فيها عادة ولذا يقطع بالسرقة منها اتفاقا ولذا الاب من الرضاعة وجه الظاهر انه لا قرابة بينهما والمحرمية بدون القرابة لا تحترم كما اذا ثبت المحرمية بالزنا بان زنى بامراة يجرم عليه امها وبنتها ويقطع بالسرقة منهما واقرب من ذلك الاخت من الرضاعة فان فيها محرمية بلا قرابة مع انها دسبب المحرمية فيها فالالحاق بها في اثبات القطع اولى منه بالالحاق بالمحرمية الثابتة بالوطي ثم نقض المصنف لابطال الوجه المذكور لابي يوسف صحيح وهو قوله لانه يدخل عليها الى آخره بقوله وهذا الان الرضاع قل ما يشتهر فلا سبوطة تحرز عن موقف التهمة بخلاف النسب فانه يشتهر فلا يحتشم ولا تهمة وهذا يقتضي منع قوله انه يدخل عليها من غير استيذان الى آخره ما قال الا سلم ذلك الا لوم لكن يستلزم تهمة فكنه يستلزمها لعدم الشهرة فيتهم فلا يدخل بلا استيذان بخلاف النسب فانه يشتهر فلا يتهم وقوله فلذا قطع في سرقة مال امه من الرضاعة ولم يقطع في سرقة امه من النسب واذا سرق احد الزوجين من مال الآخر او العبد من سيده او من امراة سيده او زوج سيدته لم يقطع لوجود الاذن في الدخول عادة فاشبه الحرز وان سرق احد الزوجين من حرز لآخر خاصة لا يكون فيه فكذلك عندنا خلافا للثلاثة فيجب في احد قولي الله وبه قال مالك واحمد وفي قول آخر كقولنا وفي قول ثالث يقطع الرجل خاصة لان للمراة حقا في ماله اي النفقة وجه قولنا ان بينهما بسطة في الاموال عادة ودلالة فانها لما بذلت نفسها وهي اعز من المال كانت بالمال اسمح ولان بينهما سببا يوجب التوارث من غير حجب حرمان كالوالدين وفي موطا مالك عن عمر انه ابى ان يقطع غلام سرق مراة لامراة سيده فقال انما خادمكم سرق متاعكم فاذا لم يقطع خادمكم الزوج فالزوج اولى فالمصنف هو تطبيق الاختلاف في الشهادة حيث عندنا لا يقطع احدهما بمال الآخر كما لا تقبل شهادة لا تقبل شهادة احد قوليه فان قلت احد الزوجين يملك ما يبسط الآخر في ماله بل يحبسه عنه ويحرزه قلنا وكذلك الاب والابن قد يتفق من كل منهما ذلك وكما

قطع بنهما انتهى وفي شرح الطحاوي لو سرق من بيت الامراء والاختان قال ابو حنيفة لا يقطع وقالا يقطع ولو سرق من بيت زوجة ابنه او ابيه او زوج ابنته او بيت زوج امه ان كان بجمعها منزل واحد لم يقطع بالاتفاق وان كان كل في منزل على حدة ففي الاختلاف المذكور ولو سرق احد الزوجين من الاخر مالا قبل الدخول بها فبانت من غير عدة ولا قطع على واحد منهما ولو سرق من اجنبية ثم تزوجها لا قطع عليه سواء ان التزوج بعد ان قضي بالقطع او لم يقض وفي ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف انه قال اذا قضي عليه بالقطع يقطع ولو سرق من امرأة المبتوته او المختلعة في العدة لا قطع ولذا اذا سرقت هي من الزوج في العدة وان كانت منقضية العدة يجب القطع ولو سرق المولى من مكاتبه لا يقطع بالاجماع لان للمولى حقا في اكسابه وان ماله موقوف دايره بينه وبين المكاتب بدليل انه ان عجز كان للمولى او عتق كان له وكما يقطع في سرقة مال موقوف دايره بين السارق وغيره وكما اذا سرق احد المتبايعين بعين باعه شراه فيها الخيار وكما لا قطع على السيد كذلك لا قطع على المكاتب اذا سرق مال سيده لانه عبد له او من زوجة سيده وهو قول اكثر اهل العلم وقال مالك وابو ثور وابن المنذر يقطع بسرقه مال من عداسيده لزوجة سيده للعموم الاية وتقدم اثر عمر وهو في السرقة من مال زوجة سيده وكان ثمن المرأة درهما وعن ابن مسعود مثله ولم ينقل عن احد من الصحابة خلافه فحمل العموم الاجماع فيخص به الاية والحكم في المدبر كذلك وكذلك السارق من الغنم لا يقطع لان له فيه نصيبا وهو ما روي عن علي رضي الله عنه موقوفا او تعليقا رواه عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا الثوري عن سماك ابن حرب عن عبيدة بن الابرص وهو بن دينار قال اتي علي رضي الله عنه برجل سرق من الغنم فقال له فيه نصيب وهو قاطع بن قطعه وكان قد سرق مقنعا ورواه الدارقطني قبل وفي الباب حديث مرفوع رواه ابن ماجة ثنا جبارة بن المغلس عن حجاج بن تميم عن ميمون بن مهران عن ابن عباس رضي الله عنهما ان عبدا من رقيق الخمس سرق من الخمس فرفع الى النبي صلى الله عليه وسلم فلم يقطع وقال مال الله سرق بعضه بعضا ورواه الحاكم وقال ان لهذا ليس بما نحن فيه الا ترى الى قوله صلى الله عليه وسلم مال الله سرق بعضه بعضا ولانا فيما سرق بعض مستحقي الغنيمة واسناده ضعيف قال ابي المصنف رحمه الله الحرز لا بد منه لوجوب القطع كان الاستتار دونه لانه اذا لم يكن حائط من بناء ونحوه او انسان متعهد للحفظ يكون المال سايبا فلا تتحقق اخذ الاخذ والدخول فلا تتحقق السرقة وعلى هذا يكون قوله ﷺ السارق والسارقة فاقطعوا بنفسه يوجب الحرز اذ لا يتصور السرقة دون الاخذ ولا يتحقق الاخذ دون الحائط فيخفى الاخذ منه او البناء يخفى ودخوله بين عشره من الناس والاحاديث الواردة بعد ذلك في اشتراطه كقوله صلى الله عليه وسلم لا قطع في ثمر معلق ولا في درسة الجبل فاذا اواه المراح او الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن ونحوه وارد على وفق الكتاب لا بين مخصص ثم هو على تعيين حرز بالمكان كالزورق والبيوت والجدران والحوانيت للتجار والبيت هي التي تسمى في عرف بلاد مصر الدكاكين والصناديق والخيام والخركاه وجميع ما اعد لحفظ الامتعة وقد يكون بالحافظ وهو بدل عن الاماكن المبنية على ما ذكر في المحيط وذلك لان جلوس سيء في الطريق او في الصحرا او في المسجد وعنده متاع فهو محرز به وقد قطع النبي ﷺ من سرق رداء صفوان من تحت راسه وهو نايم في المسجد على ما رواه ابو داود والنسائي وابن ماجة ومالك في الموطا واحمد في مسنده من غير وجه والحاكم وحكم صاحب التنقيح ابن عبد الهادي انه حديث صحيح وله طرق كثيرة والفاظ مختلفة وان كان في بعضها انقطاع وفي بعضها من هو ضعيف ولكن تعدد طرقه واتساعها يوجب الحكم بصحته بلا شبهة وفي طريق النسائي عن عبد الله ابن صفوان عن ابيه انه طاف بالبيت وصلى ثم لف رداءه من بعد فوضعه تحت راسه ونام فاتاه لص فاستله من تحت راسه فاخذه فاتي به النبي ﷺ فقال ان هذا سرق ردائي فقال له النبي ﷺ اما علمت ان السرق رداء هذا قال نعم قال اذهبا به فاقطعا يده فقال صفوان ما كنت اريد ان تقطعه في ردائي قال فهلا كان قبل ان تاتيني به زاد النسائي فتطهره وفي المستدرك سماه خميصة عاتبه العوبس نحن بلتين ردبها وفي المحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ هو الصحيح احتراز عما في العيون ان على قول ابي حنيفة يقطع السارق في وقت الاذن اي في وقت دخولها اذا كان ثمة حافظ وقال ابو يوسف ومحمد لا يقطع وبه اخذ بوا الليث والصدر الشهيد وفي الكافي وعليه الفتوى وهو ظاهر المذهب وجه الصحيح انه محرز بدون الحافظ لان المكان في نفسه صالح للاحراز وهو المنع من وصول يد غير صاحبه اليما فيه ويكون المال مع ذلك مختفيا وليس هذا مع الحافظ فهو فرع ولا اعتبار للفرع مع وجود الاصل

فلا يعتبر وجوده معه فلذا كان الاصح انه اذا دخل الحمام في وقت الاذن في دخولها وسرق منها ما عنده حافظ لا يقطع لان الحمام في نفسه صالح لصيانة الاموال الا انه اضعف لحرز الاذن في دخولها ولذا لا يقطع اذا سرق منها ليلا بخلاف المسجد فانه ما وضع لاحراز الاموال فيقطع السارق بما لا عنده من يحفظه فيه وقد قطع سارق رداء صفوان وكان نايما في المسجد وكون المكان هو الحرز الذي يقتصر النظر عليه فلا يقطع السارق منه وان لم يكن له باب ولكنه مفتوح لان الحرز الاحراز الا انه لا يجب القطع الا بالاخراج لقيام يد المالك قبل الاخراج من داره فلا تتحقق الاخذ الا بازالة يده وذلك بالاخراج من حرزه بخلاف المحرز بالحافظ فانه يقطع لا اخذه لزوال يد المالك بمجرد الاخذ فيتم السرقة فيجب موجبها ولا فرق في وجوب القطع بين كون الحافظ في الطريق او الصحرا او المسجد مستيقظا او نايما والمتاع تحته او تحت راسه او عنده وهو بحيث يراه لانه بعد النوم عند متاعه وعصرته كمن ما نام مضطجعا او واضعا لجنبه العادة وقوله هو الصحيح احتراز عن قول بعضهم بالشرط كون المتاع تحت راسه او تحت جنبه ووجه الصحيح ما ذكرنا وهذا لا يضمن المودع والمستعير اذا حفظا الوديعة والعاريه كذلك فرقت فلو لم يكن ذلك حفظا لضمنا بخلاف ما اختاره في الخانية وفيها وهب في الضمان على المودع والمستعير اذا نام مضطجعا ثم ما كان حرز النوع يكون حرزا لجميع الانواع هو الصحيح كالدكان حتى لو سرق لولوة من اصطبل او خطيرة غنم يقطع خلافا لما اذا سرق الغنم من المرعى فقد اطلق محمد عدم القطع فيه وفي العزي والبقر وهو مقيد بما اذا لم يكن معها من يحفظها فان كان قطع اذا لم يكن راعيا فان كان الذي يحفظها الراعي في البقال لا يقطع وهكذا في المنتقى عن ابي حنيفة والطلق جواهر زاده تثبت القطع اذا كان معها حافظ ويمكن التوفيق بان الراعي لم يقصد حفظها من السراق بخلاف غيره ونقل عن الاسبيجابي عن بعض اصحابنا ان كل شيء يعتبر حرزه بمثله فلا يقطع ما للولوه من الاماكن المذكورة والثياب النفيسة وهذا قول للشافعي ومن سرق شيئا من حرز او غير حرز كالصحرا وصاحبه عنده بحفظه قطع لانه سرق مالا محرزا بدار الحرز وهذا بخلاف ما اذا سرق من حمام وصاحبه عنده بحفظه وتقدم ان الصحيح انه لا يقطع به اذا كان وقت الاذن لان قوله وصاحبه عنده يخص عامله وهو قوله من غير حرز ولا يريد الحمام فان حرزه على ان قوله بعد ذلك ولا قطع على من سرق من حمام لو من بيت اذن للناس في دخوله تقييد له فانه بعمومه يقتضي ان لا يقطع وان كان صاحبه عنده بحفظه والوجه ظاهر من الكتاب وهذا الفرع على ما قدمه من الاصل المذكور ويدخل في ذلك اي يدخل في بيت اذن في دخوله الحمامات والخانات فيحكم عدم القطع نهارا فان التاجر ينتج حانوته نهارا في السوق ويأذن للناس في الدخول ليبتاعوا منه شيئا فلا يقطع ولكذا الخانات الا اذا سرق منها ليلا لانها بيوت الاحراز الاموال واما انتقال الحرز بالنهار والاذن وهو منتف بالليل او سرق من المسجد متاعا وصاحبه عنده قطع لانه محرز بالحافظ لان المسجد ما بني لاحراز الاموال فلم يكن محرزا بالمكان ليبقطع اعتبار الحافظ ثم بمثل حرزيته بالاذن كالحمام فكان الحافظ معتبرا حرزا فيقطع بالاخذ وفي هذا ملخص الخلاصة جماعة نزلوا بيتا او خانا فسرق بعضهم من بعض متاعا وصاحب المتاع حفظه او نحن راسه لا يقطع ولو كان في مسجد جماعة قطع ولا قطع على الضيف اذا سرق ممن اضافه لان البيت لم يبق حرزا في حقه لكونه ماذونا في دخوله ولانه بالاذن صار بمنزله اهل الدار فيكون فعله خيانة لا سرقة ولذلك اذا سرق من بعض بيوت الدار التي اذن له في دخولها وهو منقل او من صندوق منقل ذكره القدوري في شرحه لان الدار مع جميع بيوتها حرز واحد ولهذا اذا اخرج اللصوص من بعض بيوت الدار لا يقطع ما لم يخرجه من الدار واذا كان واحدا فبالاذن في الدار اخذ الحرز في البيوت وسيأتي ما يفيد هذا ومن سرق سرقة فلم يخرج من الدار لم يقطع لان الدار كلها حرز واحد ولا بد من الاخراج وكان الدار وما فيها في يد صاحبها فتمكن شبهة عدم الاخذ وهتك الحرز فان كانت في مقاصير فاخرجها من مقصورة الى صحن الدار قطع وهذا كلام محمد واول بما اذا كانت الدار عظيمة فيها بيوت كل بيت يسكنه اهل بيت على حدتهم ويستغنون به استغنا اهل المنازل بمنازلهم عن حجر الدار وانما ينتفعون به انتفاعهم بالسكة لانه على هذا التقدير بعد الاخراج اليها كالاخراج الى السكة بخلاف ما اذا سرق من بيوت الدار كلها في يد واحد وهذا كل بيت حرز على حدته بخلاف السكان وفي البناء ي الصغرى القوم اذا كانوا في دار كل واحد في مقصورة على حدة عليه باب مغلق فنقب رجل من اهل الدار على صاحبه وسرق منه ان كانت الدار عظيمة

يقع والاثم في الفصل الاول قال بعضهم لا ضمان عليه اذا تلف المسروق في يده قبل الاخراج من الدار ولا قطع عليه والصحيح
انه يضمن لوجود التلف على وجه التعدية بخلاف القطع لان شرطه هتك الحرز ولم يوجد وان اغار انسان من اهل
المناصير على منصورة فسرق منها قطع يريد دخل منصورة على غرة فاخذ بسرعة يقال اغار الفرس والفعل في العدو
اذا سرق وقوله فسرق تفسير لقوله اغار واذا انتقب اللص البيت فدخل واخذ المال فناولها خارج
البيت عند النقب او على الباب فلا قطع عليها بالاتفاق بين اخراج الداخل يده الى الخارج او ادخال الخارج يده ثم روي
عن ابي يوسف ان اخرج الداخل يده بها الى الخارج فالقطع على الداخل وان ادخل الخارج يده فتناولها فعليها القطع وعلل
الاطلاق الذي هو ظاهر المذهب بقوله لاعتراض يد معتبرة على المال المسروق قبل خروجه اي قبل خروج الداخل والوجه
ان يقطع الداخل كما عن ابي يوسف لانه دخل الحرز واخرج المال منه بنفسه وكونه لم يخرج كله معه لا اثر له في ثبوت الشبهة
في السرقة واخراج المال وما قيل ان السرقة تمت بفعل الداخل والخارج ثم الخارج لا يقطع فكذا الداخل ممنوع بل تمت
بالداخل وحده وانما تمت بهما اذا ادخل الخارج يده فاخذها وفيه قال ابو يوسف يقطعان وقولها لك ان كانا متعاونين
فظاهر هو محمل قول ابي يوسف وقال ان انفرد كل بفعله لا يقطع واحد منهما وهذا لا يتحقق في هذه الصورة الا اذا اتفق ان
خارجا راى يقينا فادخل يده فوقعت على شيء بمواجهة الداخل فاخذه وظاهر انه لا يقطع واحد منهما قال الوالسميلة بنا على قوله
اخيرا يقطع يعني مسئلة نقب البيت والقاء في الطريق ثم خروج واخذه ولم يذكر محمد ما اذا وضع الداخل المال عند النقب ثم
خرج واخذه قيل يقطع والصحيح انه لا يقطع قيل ولو كان في الدار نهر جار فرمى المال في النهر ثم خرج فاخذه ان خرج
بقوة المالا يقطع لانه لم يخرجه وقيل يقطع لانه اخراج ذكره الشيخ ثاني وقال في المبسوط فيما اذا اخرجه الماء بقوة جريه
الاصح انه يلزمه القطع وهو قول الائمة الثلاثة لان جري الماء به كان سبب القائه فيه فيصير الاخراج مضافا اليه
وهو زيادة حيلة منه ليكون متمكنا من دفع صاحب البيت فلا يكون مسقطا للقطع عنه ولو كان راكدا واجراه
ضعيفا فاخرجه بتحريك الماء قطع بالاجماع وهذا يرد نقضا على مسلك المذهب لانه يصدق عليه انه لم يخرج مع المال
ولكن لا يصدق عليه اعتراض اليد المعتبرة قبل ان يخرج به ولو القاه الداخل في الطريق ثم خرج واخذه قطع وبه
قال الائمة الثلاثة خلافا لزفر له ان الالقاء غير موجب للقطع كما لو خرج ولم يأخذه بان تركه او اخذه غيره وكذا
الاخذ من السكة غير موجب للقطع فلا يقطع بحال ولنا ان الرمي جعله تعتاده السراق لتعذر الخروج مع المتاع لضيق
النقب او لتفرغ لصاحب الدار او للغرار ان ادرك ولم يعترض على المال الذي اخرجه يد معتبرة فاعتبر الكل فعلا
واحدا واذا اخرج ولم يأخذه وهو ضيع لمال صاحبه الذي اعده وعطل السارق واذا اخذه غيره فقد اعترضت
يد معتبرة فقطعت نسبة الاخذ اليه والحاصل ان يد السارق تبتنت عليه وبالالقاء لم يده كما لعدم اعتراض يد اخرى
الا يرى ان من سقط منه مال في الطريق واخذه انسان ليرده عليه ثم رده الى مكانه لم يضمن لانه في ذلك المكان
في يد صاحبه حكما فرده اليه كرده الى صاحبه بخلاف ما لو اخذه غيره لسقوط اليد الحكمية باليد الحقيقية وكذا اذا
حمل عليه حمارا فضاقه فاخرجه لان سيره مضاف اليه ليسوقه فيقطع وفي مبسوط ابي اليسر وكذا اذا علقه في عنق
كلب وزجره يقطع ولو خرج بلا زجر لا يقطع لان للدابة اختيارا فان لم ينبعث اختيارها بحمل او السوق لا يقطع لانبعثه
الفعل اليه وكذا اذا علقه على طائر فطار بعلقه منزل السارق او لم يسق الحمار فخرج بنفسه الى منزل السارق
لا يقطع واذا دخل الحرز جماعة فتناول بعضهم الاخذ قطعوا جميعا قال رحمه الله وهذا استحسان والقياس
ان يقطع الحامل وحده وهو قول زفر والائمة الثلاثة لان فعل السرقة لا يتم الا بالاخراج بعد الاخذ والاخذ
ان سبب الى الكل فالاخراج انما وجد منه فانما تمت السرقة منه قلنا نعم لهذا هو القياس ولكنا استحسنا قطعهم
لان الاخراج وان قام به واحد لكنه في المعنى من الكل لتقاونهم كما في السرقة الكبرى واذا باشر بعضهم التفريغ والاخذ
والباقون وقوف لحمية حد قطع الطريق على الكل لنسبة الفعل الى الكل شرعا بسبب معاونتهم وان قدرة القائل
والاخذ انما هي بهم فكذا هذا فان السراق يتعاونون ذلك فينعدم غير الحامل للدفع فكان مثله وبهذا
العذر يتم الوجه وقوله بعد ذلك فلو اقتسم القطع اي لو باشره باب الحد ان منع لم يضر وانما وضع في دخول الكل
لانه لو دخل بعضهم لكنهم اشتركوا في فعل السرقة لا يقطع الا الداخل ان عرف بعينه وان لم يعرف عزر والكلم وابد

حبسهم الى ان تظهر توبتهم **قوله** ومن نقب البيت واد خل يده فاخذ شيأ لم يقطع وهذا ظاهر الرواية عن الكل ولذا لم
يذكر الحاكم خلافا وروى عن ابي يوسف الا ملا انه لم يقطع وهو قول الائمة الثلاثة لان اخراج المال من الحرز هو المقصود
وقد تحقق والدخول فيه لم يفعل قط الا له فكان هو المقصود من الدخول وقد وجد فاعتباره شرطا في القطع
بعد المقصود اعتبارا صورة لا اثر لها غير ما حصل وصار كما اذا ادخل يده في صندوق الصيرفي فاخرج الغطر بني
او الخوالق والغطربني درهم منسوب الى غطربن عطا الكندي امير خراسان ايام الرشيد وكانت دراهمه
امر النقود بخارى قال المحقق ولنا ان هتك الحرز يشترط فيه الكمال وعرفت ان هذا في حيز المنع منهم فلا يتم
بقوله تخرزا عن شبهة العدم وهي مسقطة فان الناقص تشبه العدم اي بشبهة عدم السرقة وتحدث نقصان هذه
السرقة لانها اخذ المال خفية من حرز وقد تحقق والدخول ليس من مفهومها ولا شرط لوجودها اذ قد يتحقق
هذا المفهوم بلا دخول وقد تحقق معه وفي كلا الصورتين معنى السرقة تام لا نقص فيه وكون الدخول هو المعتاد
باتفاق الحال لا يدفع الا ان يقدر على اخراج شيء مما لم يبصره بعينه من جوانب البيت فيتصدا اليه وما يدخل الانسان
يده من كوة بيت فيقع على مال ثم فرق بينه وبين الصندوق ان الدخول في الصندوق غير ممكن فتسقط اعتباره
بخلاف البيت وخلاف ما تقدم من حمل اللص المتاع فانه هو المعتاد **قوله** ومن طرار شق صرة والصرة الهميان والراد
من الصرة هنا الموضع المشدود وفيه دراهم من اكمامه لم يقطع وان ادخل يده في اكمامه قطع لان في الوجه الاول ربط من خارج
بنا لظهر تحقق الاخذ من خارج فلا يوجد هتك الحرز وفي الثاني الربط من داخل فلا يظهر تحقق الاخذ من الحرز وهو
اكمامه ولو كان مكان الطرار ثم الاخذ في الوجهين بعكس الجواب فاذا كان الربط من خارج يقطع لانه اخذ
الدراهم من باطن اكمامه وان كان الربط من داخل اكمامه لا يقطع لانه اخرجها من خارج اكمامه فظهر ان انعكاس الجواب
لانعكاس العلة وعن ابي يوسف انه اي الطرار يقطع على كل حال وهو قول الائمة الثلاثة لان صورة اخذ من
خارج اكمامه ان لم يكن محرزا بالكم فهو محرز بصاحبه واذا كان محرزا بصاحبه وهو نائم الى جنبه فلان يكون محرزا
به وهو يقظان والمال بلاصق بدنه اولى قلنا بل الحرز هنا ليس الا الكم لان صاحب المال يعتمد الكم او الجيب
لانتباه نفسه فصار الكم كالصندوق وهذا لان المطرور بكمه اما في حال المشي او في حين غفلته وفي الاول
ليس الا قطع المسافة لاحفظ المال وان كان الثاني فمقصوده الاستراحة عن حفظ المال وهو متعلق فليس بمراقبته
فانه متعب للنفس فيريحه ليزيح نفسه من ذلك فانما اعتمد الربط والعقد وهو المعتبر في هذا الباب الا يرى
ان من سرق حوالق على جمل يسير فاخذ ما فيه قطع لان صاحب المال اعتمد الحوالق فكان السرق منه هاتكا
للحرز فيقطع ولو اخذ الحوالق بما فيه لا يقطع وكذا الوسوق من الغساطة قطع ولو سرق نفس الغساطة لا يقطع
لانه ليس محرزا بما فيه محرز به فلذا قطع فيما فيه دونه بخلاف ما لو كان الغساطة ملصقا فاعتن محرزا او في
غساطة احرز فانه يقطع به ولو سرق الغنم من المرعى لا يقطع وان كان الراعي معها لان الراعي لا يقصد الحفظ
بل مجرد الرعي بخلاف ما لو كانت في حظيرة بناها لها وعليها باب مغلق فاخرجها منه قطع لانها بنيت لحفظها
وعند الائمة الثلاثة اذا كان الراعي بحيث يراها يقطع لانها محرزة به وان كانت غائبة عن نظره او هو نائم
او مشغول فليست محرزة وكذا اذا اخذ الحوالق بما فيه من الجمال المتطرة يقطع وبما ذكرنا من التفصيل في الطرار
ظهر انما سيأتي في الاصول من ان الطرار يقطع انما يأتي على قول ابي يوسف **قوله** وان سرق من القطار
بعيرا او حملا لم يقطع لانه ليس بحرز مقصود متمكن فيه شبهة العدم وهذا لان السابق والقايد والراكب
يقصدون قطع المسافة وقليل الامتعة دون الحفظ حتى لو كان مع الاحمال من يتبعها للحفظ قالوا يقطع وان شق
الحمل واخذ منه قطع لان الجوالق في مثل هذا حرز لانه يقصد بوضع الامتعة فيه صيانتها كالكم فوجد الاخذ
من الحرز فيقطع وعند الائمة الثلاثة كل من الراكب والسابق حافظ حرز فيقطع في اخذ الجمل والحمل والجوالق
والشق ثم الاخذ واما القايد فحافظ للجمل الذي زمامه بيده فقط عندنا وعندهم اذا كان بحيث يراها
اذا التفت اليها حافظ للكل فالكل محرز عندهم بقوده وفرض ان قصد قطع المسافة وقليل الامتعة لا ينافي
ان يقصد الحفظ مع ذلك بل الظاهر ذلك فوجب اعتباره والعمل به وكونه عليه الصلاة والسلام لم يوجب القطع

حديث الجمل محمل على ترك الراعي اياها في المرعى وغيبتها عن عينه او مع نومه والنطار بكسر النون الابل يشد رمام بعضها خلف بعض يسوق ومنه جاء القوم منتظرين اذا جاء بعضهم اثر بعض **قوله** وان سوق هو القاء فيه متاع وصاحبه يحفظه او ينام عليه قطع وعناه اذا كان الجواليق في موضع ليس بحرز كالطريق والمنارة والمسجد ونحوه حتى يكون محرزا بصاحبه لكونه مرصدا لحفظه وهذا الان المعتبر هو الحفظ المعتاد والحارس عنده والنوم عليه بعد حفظا عادة وكذا النوم بقربه منه على ما اخترناه من قبل يعني عند التصحيح وقوله لانه بعد النايم عند متاعه حافظا له في العادة وذكر في بعض نسخ الجامع وصاحبه نايم عليه او حيث يكون حافظا له وهذا يؤكد ما قدرناه من القول المختار وهو انه لا يشترط في قطع السارق من الحافظ كونه عنده او تحته **فصل** في كيفية القطع واثباته ظاهر ترتيبه على بيان نفس السرقة وتفاصيل المال والحرز لانه حكم سرقة المال الخاص من الحرز فيعقبه بالقطع لما تلونا من قبل وهو قوله ثم فاقطعوا ايديهما والمعنى بيد يهما وحكم اللغة ان ما اضيف من الجانب الى الشيئين لكل واحد واحد ان يجمع مثل قوله تعالى فقد صغت قلوبكما وقد مشى وقال ظهرا لمماثل ظهور الموصين والافصح الجمع واما كونه اليمين فبقراءة ابن مسعود فاقطعوا ايمانهما وهي مشهورة فكان خبرا مشهورا فيتقيد اطلاق النص فيتضمن تقييد المطلق لا من بيان المجمل لان الصحيح انه لا اجمال في فاقطعوا ايديهما وقد قطع عليه السلام اليمين بالعمل به فان لم يكن التقييد مرادا لم يفعله وكان يقطع اليسار وذلك لان اليمين انفع من اليسار وذلك متمكن من طلب الايسر لهم ما امكن واما كونه من الزند وهو من مفصل الرسغ ويقال الكوع فلانه المتوارث ومتعلق الامر به سند خصومه كالمتواتر ولا يبالي فيه بكفوا الناقلين فضلا عن فسقهم او ضعفهم وروي فيه خصوص متونا ما رواه الدارقطني في حديث رداد ضعفوا ان قال فيه ثم امر بقطعه من المفصل وضعف بالعدري وابن عدي في الكامل عن عبد الله بن عمر قال قطع رسول الله صلى الله عليه وسلم يسار فامن المفصل وفيه عبد الرحمن بن سلمة قال ابن القطان لا اعرف له حالا واخرج ابن ابي شيبة عن رقبة ابن حيوة ان النبي صلى الله عليه وسلم قطع رجلا من المفصل واما فعله الاسبال واخرج عن عمر وعلي رضي الله عنهما انهما قطعا من المفصل وانعقد عليه الاجماع فما نقل عن شذوذ من الاكتفاء بقطع الاصابع كان بدعا البطشي وعن الخوارج في القطع من المنكب لان اليد اسم لذلك الله اعلم بصحته وبتقدير ثبوته هو خرق للاجماع وسم لم يعتد هو ولا الاجماع قبل الغتة ولان اليد تطلق عليه ما ذكرنا وعليه ما ال الرسغ اطلاقا شهد به في المنكب بل صار بتبادر من اطلاق اليد فكان اولى باعتباره ولنا سلم اشتراك الاسم جاز كون ما الى المنكب هو المراد وما الى الرسغ متيقنا فيتعين ما الى الرسغ دراء للزايد عند احتمال عدمه واما الحسم فقد روى الحاكم من حديث ابي هريرة انه عليه الصلاة والسلام اتي بسارق سرق شملة فقال عليه الصلاة والسلام ما اخاله سرق فقال السارق بلى يا رسول الله فقال اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه ثم ائتوني به فقطع ثم حسم ثم اتي فقال تب الى الله قال تبت الى الله قال تاب الله عليك وقال صحيح على شرط مسلم ورواه ابو داود في المراسيل وكذا رواه القاسم بن سلام في غريب الحديث واخرج الدارقطني عن مجمعة عن علي انه قطع اليد بهم من المفصل ثم حسمهم فكاني انظر اليهم واليد بهم كانها ايور الحمر والحسم الكي ليستمسك الدم وفي المغرب والمعنى لان قدامه هو ان يغلى الدهن الذي يغلى وثمن الزيت وكلفه احسم في بيت المال عندهم لانه امر القاطع به وبه قال ان في وجه وعندنا هو على السارق وفول المصنف لانه لو لم يحسم يودي الى التلف يقتضي وجوبه والمتون عن ان في واحد انه مستحب فان لم يفعل لم يأثم وليس لغلبة يده في عنقه لانه عليه السلام امر به رواه ابو داود وابن ماجة وعندنا ذلك مطلق للامام ان راه ولم تبت عنه عليه السلام في كل من قطعه ليكون سنة **قوله** فان سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى بالاجماع وقد روي فيه حديث قدمناه ثم يقطع من المفصل عند اكثر اهل العلم وفعل عمر ذلك وقال ابو ثور والروافض يقطع من نصف القدم من مقدم الشراك لان عليا كان يقطع كذلك ويدع له عقبا يمشي عليه فان سرق ثالثا لا يقطع بل يعزر ويخلد في السجن حتى يتوب او يموت وقال ان في يده اليمنى لا يقطع بل في اليسرى وفي الرابعة يقطع رجله اليمنى لقوله عليه السلام من سرق فاقطعوه ثم ان عاد فاقطعوه ثم ان عاد فاقطعوه

ثم ان عاد فاقطعوه وهو بهذا اللفظ لا يعرف ولكن اخرج ابو داود عن جابر قال اتي بسارق الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال اقتلوه فقالوا يا رسول الله انما يسرق قال اقطعوه فقطع ثم جيء به الثانية فقال اقتلوه فقالوا يا رسول الله انما سرق قال اقطعوه ثم جيء به الثالثة فقال اقتلوه فقالوا يا رسول الله انما سرق قال اقطعوه ثم جيء به الرابعة فقال اقتلوه فقالوا يا رسول الله انما سرق قال اقطعوه فقطع ثم جيء به الخامسة قال اقتلوه قال جابر فانطلقنا به فقتلناه ثم اجتررناه فالقيناه في بئر ورمينا عليه الحجارة قال النسائي حديث منكر مصعب بن ثابت ليس بالقوي واخرج النسائي عن حماد ابن سلمة ابنا يوسف بن سعيد عن الحارث بن حاطب النخعي ان النبي صلى الله عليه وسلم اتي بلص فقال اقتلوه فقالوا يا رسول الله انما سرق قال اقطعوه ثم سرق فقطعت رجله ثم سرق على عهد ابي بكر حتى قطعت نوابه الاربع كلها ثم سرق الخامسة فقال ابو بكر كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اعلم بهذا حين قال اقتلوه ورواه الطبراني والحاكم في المستدرك وقال صحيح الاسناد قال المصنف وروي منسوخا الاهر مذهبه اخرج الدارقطني عن ابي هريرة عنه عليه السلام قال اذا سرق السارق فاقطعوا يده فان عاد فاقطعوا رجله فان عاد فاقطعوا يده فان عاد فاقطعوا رجله وفي سنده الواقدي وهنا طرق كثيرة متعددة لم تسلم من الطعن ولذا طعن الطحاوي لما ذكر المصنف فقال تتبعنا من الاثار فلم نجد لتحديثه اصلا وفي المبسوط الحديث غير صحيح والاحتجاج بعضهم ببعض وبالحارث وعلي ولين سلم يحمل على الانتساخ لانه كان في الابتداء تغليظا في الحدود والاصل ان النبي صلى الله عليه وسلم قطع ايدي العرنيين وارجلهم وسمر اعينهم ثم انتسخ ذلك واما فعل ابي بكر وعمر فروي مالك في الموطا عن عبد الرحمن ابن القاسم عن ابيه ان رجلا من اليمن اتقطع اليد والرجل قدم فنزل على ابي بكر الصديق رضي الله عنه فشكى اليه ان عامل اليمن ظلمه وكان يصلي من الليل فيقول ابو بكر رضي الله عنه وابيك ما ليلك بليل سارق ثم انهم فقدوا عقد الاسماء بنت عميس امراة ابي بكر الصديق فجعل الرجل يطوف معهم ويقول اللهم عليك بمن بيت اهل هذا البيت الصالح فوجدوا الحلي عند صايغ زعم ان الاقطع جاء به فاعترف الاقطع وشهد عليه فامر به ابو بكر فقطعت يده اليسرى وقال ابو بكر لدعاؤه على نفسه اشد عليه من سرقته ورواه عبد الرزاق انا معمر عن الزهري عن عروة عن عايشة رضي الله عنها قالت قدم على ابي بكر رجل اقطع فشكى اليه ان عامل ابن امية قطع يده ورجله فسوقه وقال والله ما زدت على ان كان يولني شيئا من عمله فخنته في يده واحدة فقطع يدي ورجلي فقال له ابو بكر ان كنت صادقا فلا قيدنك منه فلم يلبث الا ليلا حتى فوراك ابي بكر حليا لهم فاستقبل القبلة ورفع يديه وقال اللهم اطهر من سرق اهل هذا البيت الصالح قال فانتصف النهار حتى عثر واعيي المتاع عنده فقال له ابو بكر ويلك انك لقليل العلم بالله فقطع ابو بكر يده الثانية قال محمد ابن الحسن في موطئه قال الزهري ويروى عن عايشة رضي الله عنها وعن ابيها قالت انا كان الذي سرق حلي اسماء اقطع اليد اليمنى فقطع ابو بكر رجله اليسرى قال وكان ابن شهاب اعلم بهذا الحديث من غيره جدا وقد حكى عن عطاء وعمر بن العاص ومعاذ وعمر بن عبد العزيز انه يقتل في المرة الخامسة كما هو ظاهر ما روي من ذلك وذهب مالك والشافعي الى انه يعزر ويحبس لقوله في ان الله **قوله** ولنا قول علي رضي الله عنه الخ قال محمد ابن الحسن في كتاب الاثار انا ابو حنيفة عن عمرو بن مرة عن عبد الله ابن سلمة عن علي ابن ابي طالب رضي الله عنه قال اذا سرق السارق قطعت يده اليمنى فان عاد قطعت رجله اليسرى فان عاد ضمنته السجن حتى تحدث توبته اني لاستحي من الله ان ادعه ليس له يد يأكل بها وليستنجي بها ورجل يمشي عليها ومن طريق محمد رواه الدارقطني ورواه عبد الرزاق في مصنفه انا معمر عن جابر عن الشعبي قال كان علي لا يقطع الا اليد والرجل وان سرق بعد ذلك سجنه ويقول اني لاستحي من الله ان ادع له يدا يأكل بها ورواه ابن ابي شيبة في مصنفه ثنا هاشم بن اسمعيل عن سفيان بن محمد عن ابيه قال كان علي لا يزيد على ان يقطع السارق يدا ورجلا فاذا اتي به بعد ذلك قال اني لاستحي ان ادعه لا يتطهر لصلاته ولكن احبسه واخرجها البيهقي عن عبد الله بن سلمة عن علي رضي الله عنه انه اتي بسارق فقطع يده ثم اتي به فقطع رجله ثم اتي به فقال اقطع يده باقي يتمسح وباقي يستنجي به اكل اقطع رجله فقال ابي لاستحي من الله ان ضربه وخلده في السجن وروى ابن ابي شيبة ان عمدة كتب الى ابن عباس يسأله عن سارق فكتب اليه مثل قول علي واخرج عن مسروق ان عمر استشار رهطا في سارق فاجمعوا على مثل قول علي واخرج عن مكحول ان عمر قال اذا سرق فاقطعوا يده ثم ان عاد فاقطعوا رجله ثم ان عاد فاقطعوا يده الاخرى

وذروه يأكل أو يستنجي به ولكن احبسوه عن المسلمين واخرج عن النجي بما نوا فيقول لا يترك ابن ادم مثل البهيمة ليس له
يدعا يأكل بها وليستنجي بها وهذا كله قد ثبت بثبوت الاسر وله فبعيد ان يقع في رسن رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل هذه الحوادث
التي غالبا تتوفر الدواعي على نقلها مثل سارق تقطع صلى الله عليه وسلم اربعته ثم تقتل والصحابة يحتفون على قتله
ولا خبر بذلك عند علي وابن عباس وعمر بن الاصحاب الملازمين بل اقل ما في الباب ان كان ينقل لهم انفا بوابل الا بد من علمهم
بذلك بمقتضى العادة فامتناع على بعد ذلك اما لضعف الروايات المذكورة في الاتيان على اربعته واما لعلمه ان ذلك
ليس حدا مستمرا بل من راى الامام قتله لما شاهد فيه من السعي بالفساد في الارض وبعد الظفر عن الرجوع فله قتله سياسة
فيفعل ذلك القتل المعنوي قوله وبهذا جاج على بتبيعة الصحابة نجيبهم فانعقد اجماعا بيت يا بي تتبع ابن عبد
الهادي قال سعيد بن منصور حدثنا ابو معشر عن سعيد ابن ابي سعيد المقبري عن ابيه قال احضرت علي بن ابي طالب
اي برجل مقطوع اليد والرجل قد سرق قال لاصحابه ما ترون في هذا قالوا اقطعه يا امير المومنين قال فقتلته قالوا ما علمنا
القتل بابي شيء يا كل الطعام بابي شيء يتوضا للصلاة بابي شيء يقوم على حاجته فرده الى السجن
ايا ما ثم استخبره فاستشار اصحابه فقالوا مثل قولهم الاول وقال لهم مثل ما قال اول مرة فجلده جلدا شديدا ثم
ارسله وقال سعيد ايضا ثنا ابو الاحوص عن سماك بن حرب عن عبد الرحمن بن عايد قال اتي عمر بن الخطاب بما قطع اليد
والرجل قد سرق فامر ان يقطع رجله فقال له انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الاية فقد قطعت يد هذا
ورجله فلا ينبغي ان تقطع رجله فتدعه ليس فيه قايمة يمشي عليها اما ان يعزروه واما ان تودعه السجن فاستودعه
السجن وهذا رواه البيهقي بنحو سنده وهو مما يوكد ضعف الحديث من استدلال على رضي الله عنه وموافقته عمر له قال
المصنف والله اعلم معناه هو من قول على رضي الله عنه وموافقته عمر قتله اذا والحد زاجرا مهلك لانه نادر الوجود
اي بندر ان سرق الانسان بعد قطع يده ورجله واحدا لا يشرع الا فيما يغلب على ما مر عن سم خلاف القاضي يعني لو قطع
رجل يد ي رجل نظت يداه او اربعته قطعت اربعته لانه حق للعبد فيستوفيه ما امكن جبرا لحقه لا يقال اليد اليسرى
محل للقطع بظاهر الكتاب والاجماع على خلاف الكتاب لانا نقول لما وجب حمل المطلق منه على المقيد عملا بالقراءة المشهورة
خرجت من كونها مرادة وتعينت اليمنى مرادة والامر المقرون بالوصف وان تكرر بتكرر ذلك الوصف لكن انما يكون
حيث امكن واذا انتفى ارادة اليسرى باذكرنا من التقييد انتفى محل القطع فلا يتصور تكرار فيلزم ان معنى
الاية السارق مرة واحدة فاقطعوا ايديهما وثبت قطع الرجل في الثانية بالسنة والاجماع وانتفى ما وراء ذلك لقيام
الدليل على العدم قوله وان كان السارق اشل اليد اليسرى او مقطوع الرجل اليمنى او كانت رجله اليمنى بطلا لا يقطع
لان في القطع والحالة هذه تفويت جنس المنفعة بطشا فيما اذا كانت اليد اليسرى مقطوعة او شلاء او مبنى
اذا كان ذلك في رجله اليمنى وتفويت جنس المنفعة اصلا ان حتى وجب تمام الدية بقطع اليدين والرجلين وهذا لان
المشي لا يتاتى مع قطع اليد والرجل من جهة واحدة ولذا لا يقطع يمين السارق اذا كانت اشهم بيده اليسرى او رجله
اليسرى مقطوعة او شلاء او الاصبع من واحدة منهما سوى الابهام فان فوتها تفوت معا مرفوقة للابهام في تفاصيل
البطش بخلاف فوت اصبع واحدة غير الابهام فانه لا يوجب ذلك فيقطع ولا يشكل ان الشلل وقطع الابهام والاصابع
لو كان في اليد اليمنى انه يقطع لانها لو كانت صحيحة قطعت ناقصة واما خولف في هذا الباب
ما ذكر في الكتاب حيث جعل الفائت بتفاوت الابهام المحل بالبطش فوات ثلث اصابع وهنا جعله اصبعين كما لا يخفى
على من له ادنى دربة قوله واذا قال الحاكم للجلاد اي للذي يقيم الحد فعال منه كالجلاد من الجلد اقطع يمين هذا في
سرقة سرقها فقطع ساره عمدا او خطا فلا شيء عليه عند ابي حنيفة رحمه الله والكن يودب وقال احمد وقالا لا شيء
في الخطا ويضمن في العمد اربش اليسار وعند زفر يضمن في الخطا ايضا خلاف ما لو قال له اقطع يد هذا فقطع
السيار لا يضمن بالاتفاق وعند مالك والشافعي يقتص في العمد كقولنا فيما اذا قطع رجل يده بعد الشهادة
قبل القضا بالقطع في انتظار التعديل ثم علق لا قطع عليه لعوات محله ويقطع يد القاطع قصاصا
ويضمن المسروق لو كان تلفه لان سقوط الضمان باستيفا القطع حقا لله تعالى ولم يوجد وكذا لو قطع
يد اليسرى يقتص له وسقط عنه قطع اليمين لما عرف قوله والمراد بالمراد بالخطا الذي فيه الخلاف

بينا

بينا وبين زفر الخطا في الاجتهاد ومعناه ان يقطع اليسرى بعد قول الحاكم اقطع يمينه عن اجتهاد في ان قطعها
يجزي عن قطع السرقة نظرا الى اطلاق النص وهو قوله تعالى فاقطعوا ايديهما اما الخطا في معرفة اليمين
من الشمال لا يجعل عفوا لانه بعيد يتهم فيه مدعيه وعلى هذا فالقطع في الموضعين عمد وانما يكون معنى العمد ان
يتعمد القطع للبسار عن اجتهاد في اجزاء دليل الخطا في اليمين والشمال يجعل عفوا ايضا لزفر انه قطع يدا معصومة
والخطا في حق العباد غير موضوع فيضمن اولنا انه انما اخطا في اجتهاده وخطا المجتهد موضوع به بالاجماع وهذا موضع
اجتهاد لان ظاهر النص يسوي بين اليمين واليسار ولنا في العمد انه جان حيث قطع يدا معصومة بلا تاويل فتعمدا
للظلم فلا يعفى وان كان في المجتهدات لانه سوا لم يفعله عن اجتهاد وكان ينبغي ان يجب القود الا انه سقط للشبهة
التي هي في اطلاق النص وابي حنيفة رضي الله عنه انه وان اتلف بلا حق تلفا لكنه اخلف من جنسه ما هو خير له وهي
اليمين فانها لا تقطع بعد قطع اليسرى وهي خير لان قوة البطش بها تتم فلا يضمن شيئا وانا قلنا انه اخلف لانا اليمين
كانت على شرف الزوال فكانت كالفائتة فاطرد الخلف استمرارها وبقاءها بخلاف ما لو قطع رجله اليمنى لانه وان
امتنع به قطع يده لكن لم يعوضه من جنس ما اتلف عليه من المنفعة لان منفعة البطش ليس من جنس منفعة المشي واما
ان قطع رجله اليسرى فلم يعوض عليه شيئا اصلا وصار كما لو شهد اثنان على رجل بيمين عبد بالغين وقيمته الف او شهدا
بمثل قيمته ثم رجعا بعد القضا لا يضمنان شيئا قوله وعلى هذا اي على تعليل قول ابي حنيفة بالاخلاف لقطع يساره
غير الحداد ايضا لا يضمن للاخلاف وهو الصحيح احترازا عما ذكره الاسبيجابي في شرحه لمختصر الطحاوي حيث قال
هذا كله اذا قطع الحداد بامر السلطان ولو قطع يسار غيره فعلى العمد القصاص وفي الخطا الدية قوله ولو ان
السارق اخرج يساره وقال هذه يميني فقطعها القاضي وان كان عالما بانها يسار لا يتفاق لانه قطعها بامره
ثم في العمد عنده على السراة وقطعان المال اذا كان استهلكه لانه لم يقع حدا في الخطا لكن لك على هذه الطريقة اعني
طريقة عدم وقوعه حدا وقيل الطريقة الاخلاف وانما عدم وقوعه حدا وللاهما واحد الا ان الاول اقرب الى
اللفظ وعلى طريقة الاجتهاد لا يضمن لانه وقع موقع الحد والقطع مع الضمان لا يجتمعان وانما خص ابا حنيفة رضي الله
عنه بلزوم الضمان على السارق في عمد القطع مع انهما ايضا يضمنانه لان نوهم انه لا يضمن انما ثبت على قوله
لانه لما لم يوجب على الحداد شيئا فقد يتوهم انه لا يضمن للسارق بناء على ان قطع الحداد وقع حدا ولما لم يضمنه
فاذا لا يوهم بانه انما لم يضمنه لاخلافه لا لوقوعه حدا قوله وانما يقطع السارق الا ان يحضر المسروق منه ويطالب
بالسرقة لان الخصومة شرط لظهور السرقة والحكم هو المسروق منه فلا بد من حضوره وهو قول الشافعي
واحمد وقال مالك وابو يوسف لا يشترط المطالبة لعموم الاية ولما في حد الزنا وقوله ولا فرق بين الشهادة والاقرار
عندنا خلافا للشافعي في الاقرار هو خلاف الاصح عنده والاصح عنده ان الاقرار كالبينة يعني اذا اقر عند الحاكم اني
سرقت مال فلان هذا بامس حرزه شبهة فيه لا يقطعه حتى يحضر فلان ويدعي ويذكر عن ان فعي وروايته عن
ابي يوسف ان خصومة العبد ليس له ليظهر سبب القطع الذي هو حق الله تعالى والاقرار يظهر السبب فلا حاجة
الى حضور والجواب انه مالم يظهر تصديق المقر له في المقر به فهو للمقر ظاهرا ولهذا لو اقر لغايب ثم حاضر
جاز ولان شبهة الاباحة باباحة المالك للسلمين او لطايفة السارق منهم وبتبته وكذا شبهة وجوب دينه له في
دخوله بيته فاعتبرت المطالبة دفعا لهذه الشبهة بخلاف الزنا فانه لا يباح باباحة بوجه من الوجوه فلم تمكن
فيه هذه الشبهة والحق ان احتمال اباحة المالك ونحوه هي الشبهة الموهومة التي سيذكرها المصنف وبمقتضى ذلك
فالمعول عليه ما ذكرنا من ان ملك المقر حايم مالم يصدقه المقر له قوله ولذا اذا غاب المسروق منه عند
القطع لا يقطع حتى يحضر وبه قال الشافعي واحمد خلافا لمالك لان الاعضا من القطع في الحد وعلى ما مر وعلى
ظاهر كلام المصنف يكون التنبيه في ثبوت خلاف ان في لكن علمت ان الاصح انه كقولنا ولما ثبت ان المطالبة
شرط شرع في بيان من له المطالبة فقال وللمستودع بفتح الدال والغاصب وصاحب الربا ان يقطعوا السارق
منهم اذا سرق الوديعة او المال المغصوب واما صاحب الربا فكالمشتري عشرة بخمسة اذا قبض العشرة
فسرقها سارق قطع بخصومته لان هذا المال في يده بمنزلة المغصوب اذ المشتري شراء فاسدا في يد المشتري

كالمغصوب ولرب الوديعة ان يخاصمه ويقطعه ايضا للودع وكذا المغصوب منه وقال زفر والشافعي لا يقطع
خصومة الغاصب والمستودع وعلى هذا الخلاف المستعير والمستاجر والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشرا
والمرتهن وكل من له يد حافظة كوصي الوقف والاب والوصي يقطع السارق لما في ايديهم من مال الوقف واليتيم بخصومتهم
ويقطع ايضا السارق من هو لا بخصومة المالك بما في ايديهم الا ان الراهن انما يقطع بخصومته حال قيام الرهن قبل قضاء
الدين او بعده والصحيح من نسخ الهداية بعد قضاء الدين ويدل عليه تعليله بقوله لانه لا حق له في المطالبة بالعين
بدونه اي بدون قضاء الدين فليس له ان يخاصم في ردها وكذا نقل عن ابن الصفار انه قال كان في نسخة للصفار هذا القضا
وقيل يمكن ان يكون هذا جوابا بالقياس يعني للمالك ان يسترد الرهن كالمودع ليستودعه للحفظ فلا يكون ادنى حالا منه
وقيد بقوله بحال قيام الرهن لانه اذا كان مسلما كما لا يقطع الا بخصومة المرتهن لان الذي يسقط عن الراهن فلم تبق
له هنا في خصومة مطالبة بالعين كما لنفسه وفي غاية البيان وينبغي ان يكون للراهن ولاية القطع اذا كانت قيمة الرهن
ازيد من الدين بقدر عشر ان الزايد امانة في يد المرتهن فكان المرتهن بالنسبة اليه كالمودع والراهن كالمودع
فيقطع بخصومته قوله فالشافعي رحمه الله بناه اي بنى عدم القطع بخصومة هو لا على اصله وهو ان الخصومة لهم في
الاسترداد عند جحود من في يده المال المودع الا ان يحضر المالك لانهم لا يملكون الخصومة في الدعوى عليهم ايقاعا للعقد
فلان لا يملكونها لاعادة اليد اولى قلنا المذكور في كتبهم يقطع بالسرقة من يد المودع والوكيل والمرتهن وكذا يقول
مالك ويزيد المستعير ايضا وزفر يقول ولاية الخصومة في حق الاسترداد ضرورة الحفظ فلا يظهر في حق القطع
كان وجه اي في القطع تفويت الصيانة لسقوط الضمان به فيفوت الحفظ فيعود الامر على موضوعه بالنقض اذ تصير
خصومته لاثبات الحفظ سببا لنفيه ولنا ان السرقة موجبة للقطع في نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية
وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقا وهذه النكتة هي مبنى الخلاف اعني كون خصومتهم معتبرة فائدة هذا بقوله
اذ الا عتبار لحاجتهم الى الاسترداد والاحسن ان يقال لهم ولاية الحفظ وهو باليد فكان استحقاقا حقا لهم كان
ذلك للمالك بل للمالك في الحقيقة لم يرد الا لليد وهذا ان ذا اليد ان كان امينا لا يقدر على اداء الامانة الا باداء ان
كان غاصبا لا يقدر على اسقاط الضمان عن نفسه الا بذلك فكان خصومة في حق لهم ثم تظهر به السرقة فيجب القطع
ولذا لا يحتاج الى اضافة المال الى المالك بل يقول لسرق مني وتصدق اتفاقا حق المالك وحق نفسه بخلاف خصومته
في الغصب لا تعتبر ولا يقتضي بخصومته لانه ليس فيه حفظه في اعادة يده واورد ان في صورة الاقرار لا يقطع
الا بحضور المالك وهو احدى الحجتين ولقائل ان يقول كيف لا يقطع بينه على السرقة لا يقطع بخصومته عندنا خلافا للشافعي
مع ظهور السرقة بحجة شرعية فيها وما ذاك الا لتوهم الشبهة حال غيبة المالك على ما ذكرنا قبل والتوهم موجود
في هذه الصورة مع انه يقطع اجيب بان المستعير ومن ذكر معه اصحاب يد صحيحة وبينا ان لهم حق الاسترداد
فخصومة كل منهم باعتبار حقه بخلاف الوكيل الا بيرد لانه لا يستغني عن اضافة الخصومة الى غيره وفي فصل
الاقرار شبهة زايدة هي جواز ان يرد المالك اقراره فبقي المال مملوكا للسارق فاستيفا الحد مع ذلك استيفا
مع الشبهة ثم اجاب عن قول زفر بقوله وسقوط العصمة ضرورة الاستيفا حقا لله وان لزم غير مقصود كما
داعي لانه انما ثبت اذا كان المال مستهلكا فليس لازما للقطع مطلقا مع انه مهدر في اعتبار الشرع بدليل الاجماع
على ان يقطع بخصومة الاب والوصي بسرقه مال اليتيم وان لزمه سقوط الضمان فكان تعليلا لذلك مردودا
بدلالة الاجماع وقوله ولا معتبر بشبهة موهومة جواب عن مقدر هو ان يقال احتمال اقرار المالك له اي اعترافه
بانها له واذنه اذا هو حق ثابت فلا يقطع مع هذه الشبهة فقال هذه شبهة يتوهم اعتراضها عند حضوره وهذه
غير معتبر بل المعتبر شبهة ثابت توهم في الحال لا في تقدير منتف في الحال الا يرى ان القطع يستوفى بالاقرار
وان توهم اعتراض رجوعه ولذا لو حضر المالك وغاب المستودع يقطع وان كان لو حضر المستودع قال
كان ضيفي او اذنت له في الدخول في بيتي ولا يخفى ان لا فرق بين هذه الشبهة والشبهة التي ذكرها بعضهم فاشترط
حضور المسروق منه للخصومة من احتمال اباحة المالك للسرق للسلين ونحوه فانه جايز انه اذا حضر
قال كنت ابحته للسلين او لطايفة السارق منهم فكان جايز ان يقول له سواء فاذا كانت هذه شبهة موهومة

لا تعتبر

لا تعتبر فكذلك تلك وان اعتبرت تلك سبب قيام امتناع في نفس الامر لا على تقدير حضوره المستفي في الحال
فهذه كذلك لان احتمال كون المالك كان اذن له او انه سفره به قايم في الحال وقوله في ظاهر الرواية احتراز
عما روي ابن سماعه عن محمد انه قال ليس للمالك ان يقطعه حال غيبة المستودع قوله وان قطع سارق بسرقة
وقضت منه لم يكن له وللمرتهن ان يقطع السارق الثاني وبه قال احمد وان في قول وقال مالك والشافعي
في قول يقطع بخصومة المالك لانه سرق نصابا من حرز لا شبهة فيه فيقطع بخصومة مالكه سواء قطع السارق
الاول لهما اولنا ان المالك لما لم يجب على السارق ضمانه كان ساقط التقوم في حقه وكذا في حق المالك لعدم وجوب
الضمان له فيد السارق الاول سببت يدا تضمان وايد مالك فكان المسروق للامين معصوما فلا قطع
فيه وروي في نوادر هشام عن محمد ان قطعت الاول لم اقطع الثاني وان درات القطع عن الاول بشبهة قطعت
الثاني ومثله عن ابي يوسف واطلق الكرخي والطحاوي عدم قطع السارق من السارق وهو قول احمد لان يده
ليست يد امانة ولا يد ملك فكان ضايعا ولا قطع في اخذ مال ضايع قلنا بنى ان يكون يد غصب والسارق منه يقطع
فالحق التفصيل المذكور والاول رواية الخصومة في الاسترداد وفي رواية كحاجة اذ الرد واجب عليه وفي رواية
اخرى ليس له ذلك لان يده ليست يد ضمان ولا امانة ولا ملك والرد منه ليس بواجب على السارق الثاني للمالك والوجه انه اذا
ظهر هذا الحال عند القاضي لا يرده الى الاول وعلى الثاني اذا رده لظهور خيانة كل منهما بل يرده الثاني على
المالك وان كان حاضرا والا حفظه كما يحفظ اموال الغيب ولو سرق الثاني قبل ان يقطع الاول وبعد ما رد عنه
القطع بشبهة يقطع بخصومة الاول لان سقوط الضمان ضرورة القطع ولم يوجد فصار يده بالنسبة الى الغاصب قوله
ومن سرق سرقه فرفعها على المالك قبل الارتفاع الى الحاكم لم يقطع وعن ابي يوسف انه يقطع اعتبارا بما اذا رفعها
بعد المرافعة وجه الظاهر ان الخصومة شرط لظهور السرقة التي هي الموجب للقطع فكانت شرطا في القطع لا
والخصومة لا يتحقق بعد الرد لانها اعني الخصومة الموجبة انما تتم الا باقامة البينة وهي انما جعلت حجة لتقطع
المنازعة وقد انقطعت المنازعة بالرد بخلاف ما بعد المرافعة اي بخلاف ما لو رفعها بعد المرافعة وسماع البينة
والقضا فانه يقطع وكذا بعد سماع البينة قبل القضا استحسانا لظهور السرقة عند القاضي بالشهادة بخصومة
معتبرة وان رد المال للخصومة حصل مقصودها وحصول المقصود من الشيء ينتهي به لا يتقرر في نفسه فكانت
الخصومة غاية بقيام المال فيقطع بعد رده ولا فرق في عدم القطع بين ان يرد قبل الخصومة الى يد المالك
او يد ابيه او امه او وجده او وجدته وان لم يكونوا في عياله ولذا ابيرد المستعير والمودع بالرد اليهم لان شبهة
ملك في مال قارد اليهم رد اليه حكما وذلك كاف في الرد اليه بخلاف ما لو رد الى ابنه وهو في حجره كاخيه
وعمه وقاله ان كان سواني في عياله يبرا فلا يقطع كما لو رده الى زوجته او عبده او مكاتبه او اجيره مشاهرة وهو
الذي يسمى غلامه او مساناة بيراد في هذه كلهم فلا يقطع ولو سرق من المكاتب ورد الى سيده او من العبد الى
الى من يعوله اي يسرق من شخص ورده الى من يعول المسروق منه يبرا ولا يقطع ويبرا المستعير والمودع برد
الوديعة الى من يعول المودع واما الغاصب فلا يبرا بالرد الى الاب والام والى ولده واخيه المحرم في عياله
في عياله والى الزوجة ومن ذكرنا معه قوله واذا قضي على رجل بالقطع في سرقه فرفعها له المالك وسلمها اليه
او باعها منه لا يقطع وقال زفر وان في ومالك واحمد يقطع وهو رواية عن ابي يوسف لان السرقة قد تمت
القضا وابتعلها بلا شبهة وظهرت عند الحاكم وقضى عليه بالقطع ولا شبهة في السرقة الا توهم اعتبارا بما لو
المالك المتاخر متعذرا لينبت اعتباره وقت السرقة ولا موجب ذلك فلا يصلح شبهة فيقطع وهما ينفي
صحة ذلك الاعتبار لما في حديث صفوان انه قال يا رسول الله اردت هذا رداي عليه صدقة فقال عليه السلام
فهلا قبل ان تاتني به رواه ابو داود والنسائي في روايته فتقطع رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا
خلاف ما لو اقر له بالسرقة بعد القضا فانه لا يقطع لان بالاقرار يظهر الملك السابق فينتفي القطع قوله
ولنا ان الامضا يعني استيفا الحد بالفعل من القضا في باب الحدود فما قبل الاستيفا كما قبل القضا ولو ملكه قبل القضا
لا يقطع فكذا قبل الاستيفا وان في بيان ان الاستيفا من القضا وهو القضا في هذا الباب وقد بينا في حد

الزنا ان للصنف لما كان هذا من مقدمات دليله ولم يبينه هو من قبل بينه بقوله لو قدم الاستفتاء عنه اي عن
القضاء بالاستيفاء حتى لو لم يقض بعد تعديل البينة بالنطق بل امر بالاستيفاء او استوفى هو بنفسه سقط عنه
القطع وهذا لان المقصود من القضاء اللفظ ليس الا اظهار الحق للمستحق والمستحق هنا هو الله عز وجل والحق ظاهر عنده غير
مفتقر الى الاظهار فلا حاجة الى القضاء القابل ولا يفيد سقوط الواجب عنه الا بالاستيفاء واذا كان كذلك والخصومة
شرط يشترط قيامها عند الاستيفاء كما عند القضاء وهي منتفية بالهبة بخلاف رد المال المسروق بعد القضاء بالقطع لان به
ينتهي الخصومة والشيء بانتهاء يتقرر فتكون الخصومة بعده مستقرره فيقطع واما الحديث ففي رواية كما ذكرنا وفي
رواية الحاكم في المستدرك اما ابيعه وانسيه ثمنه وسكت عليه وفي كثير من الروايات لم يذكر ذلك بل قوله ما كنت اريد
هذا او قوله ما كنت اريد هذا وقوله ايقطع رجل من العرب في بلتين ردها ولم يثبت انه سلمه اليه في الهبة ثم الواقعة
واحدة فكان في هذه الزيادة اضطراب والاضطراب موجب للضعف ويحتمل كون قوله هو صدقه عليه كان بعد
الرفع اليه وفي ذلك لا يكون ملكا قبل القبض **قوله** وكذلك اذا انتقصت قيمتها اي قيمة السرقة اي العين المسروقة
بعد القضاء قبل الاستيفاء عن العشرة لا يقطع في ظاهر المذهب وعن محمد يقطع وهو قول زفر وبالقياس على الآبق الثلاثة اعتبارا
بالتفصيل بالعين فانه اذا كانت ذات العين ناقصة وقت الاستيفاء والباقي بها كما يوم القضاء يقطع بالاتفاق
فكذا اذا كانت قيمتها وقت الاستيفاء كذلك ولنا ان كمال النصاب لما كان شرطا يشترط كماله عند الامضاء لما ذكرنا
انه من القضاء وهو منتف في نقصان القيمة بخلاف نقصان العين لان ما استهلكه مضمون عليه فكان الثابت عند
القطع ثابتا كاملا بعضه عين وبعضه دين بخلاف نقصان السعر فانه لا يضمنه لانه يكون بفتور الرغبات وذا لا يكون
مضمونا على احد فلم تكن العين قائمة حقيقة ومعنى فلم يقطع لذلك الى النهاية وصار كما لو كان السارق استهلكه كله فانه
يقطع به لقيامه اذ ذاك ثم سقط عنه **قوله** واذا ادعى السارق ان العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه
وان لم يقم بينة قال المصنف معناه بعد ما شهد عليه ان هذا ان بالسرقة وانما فسر به ليخرج ما اذا اقر بالسرقة ثم رجع
فقال لم اسرق بل هو ملكي فانه لا يقطع بالاجماع ولكن يلزمه المال وقال مالك في لا يسقط لجحود دعواه وهو احد الوجهين
ذكره بعض اصحابه وهو رواية عن احمد لان سقوط القطع لجحود دعواه يودي الى سد باب الحد اذ لا يعجز عن هذا وتقل
عنه انه لا يقطع وقيل هو نص ان في وعن احمد رواية انه ان كان معروفا بالسرقة قطع لانه يعلم كذبه بالحال
الحال قال ابن قدامه واولى الروايات انه لا يقطع بكل حال لان الحد يدرء بالشبهات وهي احتمال صدقه فان المصه ولا
معتبرا قال من انه يفضي الى سد باب الحد بدليل صحة الرجوع بعد الاقرار اجماعا والسارق لا يعجز عن ذلك مع انه معتبر
رجوعه شبهة دارئة اذا رجع على انه ممنوع فان من يعلم هذا من السراق اقل من القليل فلا نقرأ وسم ان سرقون غالبا
قوله واذا اقر رجلان بسرقة ثم قال احدهما هو مالي لم يقطعا لان الرجوع عامل في حق الراجع منهما ويورث الشبهة في
حق الآخر لان السرقة تثبت باقرارهما على الشركة فتتحد فتحمل الشبهة فيها **قوله** فان سرق ثم غاب احدهما وشهد
ان هذا على سرقتها قطع الآخر الحاضر منهما في قول ابي حنيفة الآخر وهو قولها وقول الائمة الثلاثة وكان يقول
اولا لا يقطع لانه ان حضر الغايب رجا يدعي شبهة والسرقة واحدة فتحمل في حقهما وجه قول الآخر ان الغيبة تمنع ثبوت
السرقة على الغايب فيبقى مقدرا وانما عملت الشهادة في حق الحاضر فقط ولا معتبر بوهم حدوث شبهة عارضا مع
بينة اخرى ولذا اذا اقر بسرقة مع فلان الغايب لا يقطع في قوله الاول ويقطع في قوله الآخر وهو قول باقي الائمة
قوله واذا اقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها حاصل وجوه هذه المسئلة اربعة لان العبد المقر
بالسرقة اما ماذون له او محجور عليه وفي كل منهما اما ان يقر بسرقة مستهلكة او قايمة فالماذون له اذا اقر بسرقة
مالكه يقطع عندنا الثلاثة وكذا ان مع القطع وقال زفر لا يقطع ولكن يضمن المال وان اقر بسرقة قايمة قطع عند الثلاثة
وهذا قول المصنف ولو كان ماذونا تقطع في الوجهين ويرد المال للمقر له سواء صدقه المولى او كذبه وقال زفر
لا يقطع ولكن يرد المال وان كان العبد محجورا فان اقر بسرقة مالكه قطعت يده عند الثلاثة وقال زفر لا يقطع وان
اقر بسرقة قايمة فقال زفر لا يقطع فظهر ان قول زفر لا يقطع في شيء وهو ما ذكره المصنف بقوله قال زفر لا يقطع في الوجوه

كلها ايضا اذا كان العبد محجورا والاقرار بالمالكة او قايمة او ماذونا والاقرار بهالكة او قايمة واختلف علماؤنا
الثلاثة في هذه اعني اقرار المحجور بقايمة في يده فقال ابو حنيفة يقطع وترد للمقر له بسرقة منه وقال
ابو يوسف لا يقطع والسرقة للمولاة وقال محمد لا يقطع والسرقة للمولاة ويضمن قيمته لعبد العتاق
للمقر له وقال الطحاوي سمعت استاذي ابن ابي عمران يقول الاقوال الثلاثة كلها عن ابي حنيفة فقوله الاول اخذ
به محمد ثم رجع وقال كما قال ابو يوسف ثم رجع الى القول الثالث واستقر عليه فهو نظير مسئلة الحلال في الشاة
ومعنى المسئلة اذا اقر به المولى في اقراره وقال المال مالي انما اذا صدقه فلا اشكال في القطع ورد المال للمقر له
بالاتفاق هاهنا كما اذا كان العبد كبيرا وقت الاقرار فان كان صغيرا لا قطع عليه اصلا وهو ظاهر غير ان كان ماذونا
يرد المال الى المصدوق منهما ان كان قايما وان كان هالكا لا يضمن وان كان محجورا فان صدقه المولى يرد المال الى المولى
منه ان كان قايما والا ضمان عليه ان كان هالكا او بعد العتق وقدم للمصنف الظلم مع زفر فقال ان الاصل عنده ان اقرار
العبد على نفسه بالحدود والقصاص لا يصح لان اقراره بها يرد اثره على نفسه او لمولاه بالاتلاف وكذلك مال
المولى فالاقرار به اقرار على مال الغير والاقرار على الغير غير مقبول الا ان الماذون له لما تضمن اقراره بالمال
والطرف وبطل في الطرف يواخذ بالمال ايضا انه ان كان هالكا يرده ان كان قايما بعينه اقراره بالمال للمكرة مسلطا
على الاقرار به من جهة المولى حيث اذن له في المعاملات ومن تقبل الاقرار منه صح ان اثر الاقرار بها يرجع
اليه من حيث هو ادمي من حيث هو مال وما كان كذلك كان داخلا تحت ملكه الا ترى ان المولى لا يملك عليه وما يملكه المولى
عليه كان مبقى فيه على اصل الادمية فيملكه هو بالطلاق والاتهة في هذا الاقرار ليبطل في حق السيد لان ضرره
الراجع اليه فوق ضرر الراجع به الى المولى لانه يفوت عليه نفسه او طرفه وما كان كذلك ينفذ على الغير كما اذا
شهد العبد العدل برؤية هلال رمضان وبالسماء علة فانه يقبل حتى يلزم جميع الناس صومه لان ما الزم منهم من ذلك ضمع
لزومه مثله فتفسد على حتهم تبعا لفساده عليه ولكنا نوافق المفلس بعد العتق يقتل عمدا وان كان فيه بطلان دم الناس
والمحدود عليه ان اقراره بالمال باطل ولانه لما صح اقراره بالغصب فيبقى ماخوذا بيده مال المولى اذ الغرض تكذيب
المولى له في اقراره فقد اقر بسرقة مال المولى لا يقطع وبهذا الغذر تبين الوجه وقوله بعده يوجد
الى اخره زيادة توكيد اي يوكد ما ذكرنا من عدم القطع ان المال في لزوم القطع اصل والقطع تابع والتابع من
حيث هو تابع لا يستحق دون متبوعه فحيث لم يجب المال للغير لا يجب القطع وبيان المال اصل ان الخصومة تشترط في
السرقة في حق المال حتى لو قال اريد المال فقط سمعت ولا يسقط القطع وكذا ثبت المال بدعوى السرقة
بلا قطع فيما لو ادعاها واقام رجلا واسرأتين شهد وابها فانه يقضي بالمال دون القطع وكذا اذا اقر بالسرقة
ثم رجع يلزمه المال ولا قطع وفي عكسه لا يسمع حتى لو قال المسروق منه اريد القطع دون المال لا تسمع خصومته
فانما يصح في حق القطع تبعا للمال وقد انتفى المال اما قلنا فانتفى القطع ولابي يوسف انه اقر بشيئين اي اقرار يوجب
شيئين القطع وهو اقرار على نفسه فيقطع على ما ذكرنا مع زفر من وجه صحة اقراره بالحدود والقصاص والمال
وهو اقرار على المولى وهو كذبه فلا يصح في حق المولى والقطع ليستحق بدون المال كما اذا اقر بسرقة مستهلكة
فانه يقطع ولا يلزمه المال وكما لو قال حر هذا الثوب الذي في يد زيد سرقته من عمرو وزيد يقول هو ثوبي يقطع
ولا ينزع الثوب من يد محمد زيد الى عمرو فيقطع والمال للمولى والى حنيفة ان الاقرار في حق القطع قد صح منه لما
بينا بخلاف الكلام مع زفر من انه ادمي على ما اخره ويلزمه صحته بالمال انه لغير المولى لاستحالة ان يجب القطع شرعا
بمال مسروق للمولى والحاصل انه اذا صح الاقرار بالحرية ثبت حكمه وهو القطع وهو ملزوم لحكم الشرع بكون المال
للمقر له اذا قطع بمال السيد والى هذا يتم الوجه وقوله لان الاقرار بالشيء حالة البقاء والمال في حالة البقاء تابع
للقطع حتى تسقط عصمة المال باعتباره ويستتبع القطع بعد استهلاكه زيادة لا تظهر الحاجة اليها وقوله
بخلاف مسئلة الحر يريد الزام ابي يوسف بما اذا قال الحر الثوب الذي في يد زيد سرقته من عمرو يقطع به ولا يدفع
للمقر وكذا اذا زان يقطع بما اقر به من مال الاجنبي ولا يدفع اليه فقال فرق بينهما فان القطع في المسئلة المذكورة
محمول على صحة اقراره بالحرية وكانه وديعة عند زيد او غصب وادعاء زيد ان الثوب له حاد لكونه انكارا للوديعة

غير ان المزني خصه في ذلك والقطع بسرقة ثوب مودع او مغصوب ثابت بخلاف ما نحن فيه فانا لو اعتبرنا
الثوب وديعة للمولى او مغصوبا عند المولى لم يخرج عن كونه سرقة مال المرتد به لا يقطع **قوله** وان قطع السارق
والعين قائمة في يده ردت على صاحبها لبقائها على ملكه وان كانت مستهلكة لم يضمن وهذا الاطلاق يشمل الهلاك
والاستهلاك لانه لما لم يضمن بالاستهلاك وله فيه جناية ثانية فلان لا يضمن بالهلاك والاجناية اخرى له فيه اولى
وهو رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة وهو المشهور وبه قال سفيان الثوري وعطاء والشعبي ومكحول وابن سيرين
سيرين وروي الحسن عنه انه يضمن في الاستهلاك وقال الشافعي يضمن فيهما اي في الهلاك والاستهلاك وهو قول احمد
والحسن والنخعي والليث والبتي واسحق وحماد وقال مالك ان كان السارق موسرا ضمن وان كان معسرا لا ضمان عليه
نظر الغائبين والاحلاف ان كان باقيا انه يرد على المالك ولذا لو باعه او وهبه يوجد من المشتري والموهوب له
وهذا كله بعد القطع ولو قال المالك انا اضمنه لم يقطع عندنا فانه يتضمن رجوعه عن دعوى السرقة فيلزم دعوى المال
وجه قوله عموم قاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وعلى اليد ما اخذت حتى ترد ولانه اتلف ما لا مملوكا عدوانا فيضمنه
قياسا على الغصب والمانع انما هو صيانة المال والامانة بين حق القطع والضمان والامانة لانها حقان يستحيل
وهو النبي عن هذه الجناية الخاصة والاخر حق الضرر فيقطع حقا لله ويضمن حق العبد وصار كما استهلاك صيد مملوك
في الحرم يجب الجزاء حقا لله ويضمنه حقا للعبد وكشرب الخمر الذي هو قولكم فانكم تحدونه حقا لله وتغرمونه قيمتها
حقا للذمي فهذا الزامي وانما لم يضمنوه الخمر باستهلالها ولنا قوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه النسائي عن حسان
بن عبد الله عن المفضل بن فضالة عن يونس بن يزيد قال سمعت سعد ابن ابرهيم يحدث عن اخيه المسور ابن ابرهيم
عن عبد الرحمن بن عوف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يغرم صاحب سرقة اذا اقيم عليه الحد ولفظ الدارقطني
لا غرم على السارق بعد قطع يمينه وضعف بان المسور ابن ابرهيم لم يلق عبد الرحمن بن عوف وهو جد فانه مسور
ابن ابرهيم بن عبد الرحمن بن عوف وسعد ابن ابرهيم مجهول وفيه انقطاع اخر فان اسحق ابن العزات رواه عن المفضل
فادخل بين يونس ابن يزيد وسعد ابن ابرهيم الزهري وقال ابن المنذر سعد ابن ابرهيم هذا مجهول وقيل انه الزهري
قاضي المدينة وهو احد الثقات الاثبات وعندنا الارسال غير قادح بعد ثقة الراوي وامامته وذلك الساقط
ان كان قد ظهر انه الزهري فقد عرف وبطل القدح به وما قال ابن قدامه انه محمل على عزم السارق اجرة
القاطع مرفوع برواية البزار لا يضمن السارق سيرقته بعد اقامة الحد ولم يزد على قول المسور ابن ابرهيم لم يلق
عبد الرحمن ولان وجوب الضمان بناء على القطع لانه يملكه باداء الضمان مستندا الى وقت الاخذ فتبين انه اخذ
ملكه ولا قطع على ملكه لكن القطع ثابت قطعا فيودي الى انتفائه فهو المنتفي والمودي اليه الضمان فينتفي الضمان
ولان المسروق لا يبقى مع القطع معصوما حقا للعبد اذ لو بقي كان مباحا في نفسه وانما حرم لصلحة العبد فكان
حراما من وجه دون وجه فكان شبهة في السرقة اذ الشبهة ليست الا كون الحرمة ثابتة من وجه دون وجه فيندرىء
الحد لكن الحد وهو القطع ثابت اجماعا فكان محرما حقا للشرع فقط كالمية والدم فانها حرام حقا للشرع
طاهرة لكون الشيء محرما لغيره ونفسه كالزنا في نهار رمضان فلم يلزم ان يكون مباحا في نفسه لانا نقول ما فرض عنه
اللام وهو المال المسروق لا يكون فظ محرما الا لغيره ووقت استحقاقه الحرمة لنفسه متقال فتبطل فعل السرقة
القبلية التي علم تعالى انها تتصل بها السرقة وانما يتبين لنا ذلك بتحقق القطع فاذا قطع علمنا انها استحالت الحرمة حقا لله
في ذلك المال لما علم ان الاب ملكه الله تعالى جارية ابنه من غير تملك من الابن له بظهور دعواه ولدها الا ترى انه
شرع ثبوت النسب منه بدعواه فعلمنا حكمه تعالى بتملك الملك بها اليه قبل الوطي الفعلية التي علم تعالى اتصالها
الوطي بها ولذا يعتق عبدك عني الف فهو من الاستدلال بعبارة المشروط على سبق الشرط فان قلت
فاوجه رواية الحسن في الضمان بالاستهلاك مع فرض العصمة انتقلت الى المالية وصار المسروق كحرمة الميتة
فينبغي ان لا تعتبر الحال فاجاب للصنف عنه بقوله لان العصمة لا تظهر سقوطا في حق الاستهلاك لانه فعل اخر غير
السرقة والمسروق في حق فعل اخر انما الصيرورة تنوني شبهة الاباحة انما تعتبر فيما هو السبب وهو السرقة دون
غيره وهو الاستهلاك ووجه المشهور ان الاستهلاك وان تاخر فعلا اخرا الا انه لتمام المقصود بالسرقة وهو الانتفاع بالمسروق

فكان

فكان معدودا منها فتعتبر الشبهة فيه كما اعتبرت في السرقة وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان في فصل
الاستهلاك لانتفاء المماثلة بين المال المسروق والضمان لان المسروق معصوم حقا للعبد في حالة الاستهلاك
فقط والضمان مال معصوم حقا له في حالتي الهلاك والاستهلاك فاذا انتفت المماثلة انتفى الضمان كما ضمان العدوا
مشروط بالمماثلة بالسفر خلافا لشرب خمر الذمي لانه اتلف ما لا متقوما لغيره فيضمنه وفيه جناية على عقله
وحمل الدفع فيه الحد فيجب بذلك فكانا حرمتي ومثله صيد الحرم للمملوك وفي المبسوط روى هشام عن محمد انه
اما يسقط الضمان عن السارق قضاء لتعذر الحكم بالمماثلة فاما ديانة فيقضي بالضمان للخوف بالخسران والنقصان لما لك
من جهة السارق وفي الايضاح قال ابو حنيفة لا يحل للسارق الانتفاع به من الوجوه لان الثوب على ملك المسروق
منه وكذا الوطء فيه لا يحل لا الانتفاع لانه ملكه بوجه محظور وقد تعذر ايجاب القضاء به فلا يحل الانتفاع
لمن دخل دار الحرب بامان واخذ شيئا من اموالهم لم يلزمه الرد قضاء ويلزمه ديانة وكما لو اخذ المالك عن اخذ السارق
تتاب لم يحكم عليه بالضمان وتعذر ايجاب الضمان بعارض ظهر اثره في حق الحكم واما ديانة فيعتبر قضية السبب
قوله ومن سرق سرقات فقطع في احداهن يعني وحده منها بخصومة صاحبها وحده فهو ايذكر القطع بجميعها ويضمن ما بقي من
تلك السرقات عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن كل الا السرقة التي قطع فيها فان حضروا جميعا وقطع يده لخصومتهم
لا يضمن شيئا من السرقات بالاتفاق لان الحاضر ليس نائبا عن الغائب ولا بد من الخصومة لتظهر السرقة والخصومة
من الغائب فلم تظهر الخصومة منهم فلم يظهر القطع بسرقاتهم فبقيت اموالهم معصومة ولهذا لو اقام الرجل
قطع واحد حقا لله تعالى لان مبنى الحدود على التداخل والخصومة شرط للظهور عند الحاكم فاذا كان الحكم الذي
الثابت في نفس الامر هو التداخل ومعناه وقوع الحد الواحد عن كل الاسباب السابقة وقد وجد لزم وقوعه
عنها وهو ملزوم لسقوط ضمانها كلها في نفس الامر على الغائب منها ولم يعلم ولا اثر لعدم علمه بها في نفي الحكم الثابت شرعا
عند القطع وهو وقوعه عن كل الاسباب وهو يستلزم سقوط ضمانها فكان سقوط الضمان ثابتا وهو المطلوب

باب ما يحدث السارق في السرقة

قوله ومن سرق ثوبا فشقه في الدار فخرج نصفين في اخرجه وهو يساوي عشرة بعد الشق قطع وعن ابي يوسف انه لا يقطع وان كان لا يساوي
عشرة بعده لم يقطع بالاتفاق وان شقه بعد الاخراج قطع بالاتفاق وهو ظاهر واختلف العبارات في قول ابي يوسف في بعضها ما يفيد انه رواية عنه وان الظاهر من قوله لعله لما وهو كلام الهداية وفخر الاسلام القدوري
والصدر الشهيد والعتابي حيث قالوا وعن ابي يوسف وكذا قول الاسبيجابي ذكر الطحاوي قول ابي يوسف مع محمد
وقول محمد مع ابي حنيفة في الظاهر وتمسك الامة البيهقي زاد فقال في نهايته وعن ابي يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة
وفي بعضها ما يفيد انه الظاهر من قوله لقول صاحب الاسرار وقال ابو يوسف لا يقطع وكذا قال الحاكم الشهيد
في الكافي وقال ابو يوسف كل شيء يجب عليه قيمته ان شاء ذلك رب المتاع ولا قطع عليه وجه قوله ان السرقة تمت
الا وقد انعقد للسارق فيها سبب الملك اذ بالخرق الفاحش تثبت للمالك ولاية تضمين السارق قيمة الثوب
وتزكى لعدوان ثم ذلك وما انعقد للسارق فيه سبب الملك لا يقطع به كالو سرق المتقرر المبيع الذي فيه خيار
البائع ثم اسقط البائع خياره فانه لا يقطع لذلك وهو ان السرقة تمت على عين غير مملوك وللكن فيه سبب الملك
للسارق ولهما ان الاخذ وقع سببا للضمان ولا يخفى ان المناسب ان يقول ان السوق وقع سببا للضمان لا للملك
وثبوت ولاية التغيير ان يملك ما ليس سببا للملك بل السبب انما ثبت عند اختيار التضمين وانما يكون تلك الولاية
موجبة للسببية اذا كان التصرف موضوعا للتملك بخلاف الشق ولما كان الكلام ليس في الاخذ بل في الشق
تكلف في تقرير ما بان قبل الاخذ سبب للضمان لانه عدوان محض للملك وكان كالشق عدوانا فكما لا تعتبر
في الاخذ شبهة الملك وارية للقطع بل يقطع اجماعا كذلك الشق وانما يصير الشق سببا للضمان اذا اختار المالك
التضمين فيثبت ضرورة اداء الضمان او القضاء به ومثله لا يورث شبهة ولا تثبت مثلها في نفس الاخذ
لانه انما يحتمل ان يصير سببا للملك باداء الضمان كالشق فصار نظير ما اذا سرق البائع معيبا باعه ولم يعلم
المشتري العيب فانه يقطع وان انعقد سبب الرد بالعيب الذي به يثبت الملك للبائع **قوله** وهذا الخلاف

بالبيع فاسد على ما ذكرنا وضع سبب الضمان والخلاف في صورة الشق

لما اخره الحامل ان هذا الخلاف الكائن في القطع هو فيما اذا كان النقصان فاحشا واضاف المالك تضمين
النقصان واخذ الثوب يقطع مع ذلك عندهما وعند ابي يوسف لا يقطع ولو اختار تضمين القيمة وترك الثوب
عليه لا يقطع بالاتفاق لانه ملكه مستندا الى وقت الاخذ فصار كما لو ملكه اياه بالهبة بعد القضاء لا يقطع على ما تقدم
ولو كان يسيرا يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك وليس للمالك تضمين كل القيمة فاشتبى وجه ابي يوسف
في عدم القطع في اليسير واعلم ان الحرق يكون يسيرا ويكون فاحشا وتارة يكون اتلافا واستهلاكا وفيه
يجب ضمان كل القيمة بلا خيار لانه استهلاك وعلى هذا لا يقطع لانه سلمت السرقة الا بملكه بالضمان وقد
حده المرتاشي بان ينقص اكثر من نصف القيمة واما الحرق الفاحش فقيل ما يوجب نقصان ربع القيمة فصاعدا
فاحش والا فيسير ولابد ان يكون المعنى فصاعدا ما لم يبلغ ما به يصير اتلافا والصحيح ان الفاحش ما يفوت
به بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما يفوت به شئ من المنفعة ذكره المرتاشي واورد في الكافي على القطع
مع ايجاب ضمان النقصان في الحرق اليسير ان فيه جمعا بين القطع والضمان واجاب فقال انما لا اجتماع
لئلا يؤدي الى الجمع بين جزاء الفعل وبدل المحل في جناية واحدة وهنا لا يؤدي اليه اذ القطع يجب بالسرقة
وضمان النقصان بالحرق والحرق ليس من السرقة في شئ واستشكل على هذا الجواب الاستهلاك على ظاهر
الرواية فانه فعل غير السرقة مع انه لا يجب به الضمان لان عصمة المسروق تسقط بالقطع فكذا عصمة
المسروق لتسقط بالقطع فينبغي ان لا يجب ضمان النقصان وعن هذا قال في الفوائد الخبازية وفي الصحيح لا يجب
النقصان لئلا يجتمع القطع مع الضمان ولانه لو ضمن النقصان يملك ما ضمنه فيكون هذا الثوب مشتركا بينهما
فلا يجب القطع لكنه يجب بالاجماع فلا يضمن النقصان والحق ما ذكر في عامة الكتب الامهات انه يقطع ويضمن
النقصان والنقص بالاستهلاك غير وارد لان الاستهلاك هناك بعد السرقة بان سرق واستهلك المسروق
وما نحن فيه ما اذا انتقص قبل تمام السرقة فان وجوب القيمة ما انتقض ثابت قبل السرقة فاذا اخرجه
من الحرز كان المسروق هو الناقص فالقطع حينئذ بذلك المسروق الناقص ولم يضمنه اياه الا ترى الى قول
الامام فاضخان فان كان الحرق يسيرا يقطع ويضمن النقصان اما القطع فلانه اخرج نصابا كاملا من الحرز
على وجه السرقة واما ضمان النقصان فلوجود سببه وهو التغييب الذي وقع قبل الاخراج الذي به تتم
السرقة ووجوب ضمان النقصان لا يمنع القطع لان ضمان النقصان وجب باتلاف ما فات قبل الاخراج والقطع
باخراج الباقي فلا يمنع كما لو اخذ ثوبين واخرق احدهما في البيت واخرج الاخر وقيمته نصاب واما قول الباحث
يملك ما ضمنه فيكون كثوب مشترك فلا يقطع اخره فغلط لان عند السرقة وهو الاخراج ما كان له ملك بسبب
المخرج فان الجزء الذي ملكه بالضمان هو ما كان قبل السرقة وقد هلك فيها وحين وردت السرقة وردت
على ما ليس فيه ذلك الجزء والمملوك له **قوله** وان سرق شاة فذبحها ثم اخرجها لم يقطع ولو ساوت نصاب
بعد الذبح لان السرقة تمت على اللحم قطع فيه على ما مر لكنه يضمن قيمتها للمسروق منه **قوله** ومن سرق ذهبا
او فضة مما يجب فيه القطع بان كانت نصابا مضروبة دراهم ودنانير قطع فيه عند ابي حنيفة وهو قول الائمة
الثلثة ويرد الدراهم والدنانير التي صنعها على المسروق منه وقالا لا يقطع والسبيل للمسروق منه على ما اختلفا
فيه على ما مر في الغصب وهو ما اذا غصب نقرة فضة فضربها دراهم لا ينقطع حق المغصوب منه عنده
خلافا لهما وكذا لو كانت دراهم فضربها حليا فكذا هنا لا يقطع بالصنعة حق المسروق منه في السرقة بناء على انا
لم نتبدل فيقطع والقطع عنده لا يشكل على هذا اما عنده فقد قيل لا يقطع لانه ملك المسروق بما حدث
من الصنعة قبل الاستيفاء القطع لكنه يجب عليه مثل ما اخذ وزنا من الذهب والفضة وقيل يقطع ولا شئ على السارق
لانه لم يملك عين المسروق لانه بالصنعة صار شيئا اخر فعند استهلاك المسروق ثم قطع فلا شئ عليه وجه قولهما
ان عين الصنعة مبدلة للعين كما لصنعة في الحديد والصفر بان غصب حديدا فجعله سيفا او انية وكذا الاسم كان
نبرا دنانير فضربها دراهم ودنانير وله ان هذه الصنعة في الذهب والفضة ولو تقومت وبدون الاسم لم تعتبر موجودة
شرعا بدليل انه لم يتغير بها حكم الربا حتى لا يجوز بيع انية وزنا عشرة فضة بواحد عشر فضة وقلبه فخانت العين مما كانت

حكما فيقطع ونوخذ للمالك على ان الاسم باق وهو اسم الذهب والفضة وانما حدث اسم اخر مع ذلك الاسم
قوله ومن سرق ثوبا فصبغه احمر يقطع به باجماع العلماء ولا يوخذ منه الثوب عند ابي حنيفة وابي يوسف
ولا يضمنه وقال محمد يوخذ منه الثوب وهو قول الائمة الثلثة ويعطى قدر ما زاد الصبغ في الثوب اعتبارا
بالغصب فان غاصب الثوب واصبغه احمر لا يقطع به وعند المالك في الاسترداد اتفاقا فكذا في السرقة
والجامع كون الثوب اصلا والصبغ تابعا لها ان الصبغ قائم صورة وهو ظاهر ومعنى اي من حيث القيمة حتى لو
اراد المسروق منه ان ياخذ الثوب يضمن له قيمة الصبغ وحق المالك قائم صورة لا معنى فانه لو هلك او استهلك
عند السارق لا يضمن فكان حق السارق احق بالترجيح كالموهوب له اذا فعله ينقطع حق الواهب في الرجوع
لذلك بخلاف الغصب لان حق كل من المغصوب منه الثوب والغاصب الذي صبغه قائم صورة ومعنى لانتفاء
ما يخل بالمعنى في حق الغاصب وهو القطع فاستويا وترجحنا المالك بما ذكرنا من ان الصبغ تابع **قوله** وان صبغه
السارق اسود ثم قطع او قطع فصبغه اسود يوخذ منه عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف هذا والاول
سواء لا يوخذ منه لان السواد زيادة كالحمرة وهي مانعة من الاسترداد من السارق وعند محمد هو زيادة لكن
الزيادة غير مانعة كما قال في الحمرة وعند ابي حنيفة السواد نقصان فلا يوجب القطاع حق المالك في الاسترداد
قالوا وهذا اختلاف عصر وزمان لا حجة وبرهان فان الناس كانوا لا يلبسون السواد في زمنه ويلبسونه
في زمنهما وفي شرح الطحاوي ولو سرق سويقا فلته بسمن او عسل فهو مثل الاختلاف في الصبغ اي الاحمر ليس
للمالك على السارق سبيل في السويق وعند محمد ياخذه ويعطي ما زاد السمن والعسل **باب قطع الطريق**
اخره عن السرقة واحكامها لانه ليس سرقة مطلقة ولذا لا يتبادر وهو اما مأخوذ من الطاق
لفظ السرقة بل اما يتبادر الاخذ خفية عن الناس ولكن الحق على قطع الطريق اسم السرقة مجازا لضرب
من الاخفاء وهو الاخفاء عن الامام ومن نصبه الامام لحفظ الطريق من الكفاة وارباب الادراك فكان السرقة
فيه مجازا ولذا الاطلاق السرقة عليه الا مقيدة فيقال السرقة الكبرى ولو قيل السرقة فقط لم يفهم اصلا
ولزوم التقييد من علامات المجاز **قوله** واذا خرج جماعة ممتنعين بقوتهم ممن يقصد مقاتلتهم او واحد
له منعة بقوته وبخدته يقصدون قطع الطريق اي اخذ المارة فاخوذ المحاربة بالنسبة الى الجزاء الشرعي
اربعة بالنسبة الى ما هو اعم منه خمسة اما بالنسبة الى الجزاء اما ان يؤخذ واما ان يقتلوا ويقتلوا تقابل لم
يوجد منهم سوى المجرد اخافة الطريق لهم ان اخذوا فحكمهم ان يجرحوا ويحبسوا الى ان تظهر توبتهم في
الحبس او يموتوا واما ان اخذوا مالا مسلم او ذمي والمخوفة اذا اشتهر عنهم جماعتهم اصاب كل واحد منهم عشرة
دراهم فصاعدا او ما يبلغ قيمة ذلك فيقطع الامام يد كل منهم اليمنى ورجله اليسرى واما ان قتلوا مسلما او ذميا
ولم ياخذوا مالا يقتلهم الامام حدا ومعنى حدا انه لو عفى اولياء المقتولين لا يقبل عفوهم لان الحد خالص
حق الله تعالى لا يسمع فيه عفو غيره فمتى عفى عنهم عفى الله تعالى والرابعة ان ياخذوا المال ويقتلوا ويشتهر
في تنادي فاضخان وان قتل ولم ياخذ المال قتل قصاصا وهذا مخالف ما ذكرنا الا ان يكون معناه
اذا امكنه اخذ المال فلم ياخذ شيئا ومال الى القتل فانا سنذكره في نظائره انه يقتل قصاصا خلافا لعيسى بن ابان
وفيها ايضا ان خرج على القافلة في الطريق واخاف الناس ولم ياخذوا المال ولم يقتل يعزر ويخلى سبيله وهو خلاف
المعروف من انه يحبس امتثالا للنص المذكور في الاية واما بالنسبة الى ما هو اعم فالاربعة المذكورة والخامسة
ان يوخذ وهو ما اذا تاب توبة ونالت في الكتاب والتقييد بمسلم او ذمي في صدر السبيل ليخرج المستامن
فلو قطعوا الطريق على مستامن لا يلزمهم شئ مما ذكرنا الا التعزير والحبس باعتبار اخافة الطريق واخفار
ذمة المسلمين لان ماله غير معصوم على التابيد وبالشروط من كون ذلك في بريه او مصر وفي مصر وفي قرية
ولا بين قريتين وغير ذلك مما يقدمه الشارحون يأتي ذلك كله في الكتاب مفصلا والاصل فيه اية توزيع
الاجزية كما ذكرنا على الجنايات المذكورة قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون
في الارض فسادا ان يقتلوا او يصلبوا الاية سمي قاطع الطريق محاربا لله لان المسافر معتمد على الله تعالى

فالذي يزيل امنه محارب لمن اعقد عليه في تحصيل الامن واما محاربته لرسوله فاما عتبا وعصيان امره واما
باعتبار ان الرسول هو الحافظ لطريق المسلمين والخلفا والملوك بعده نوابه فان تطع الطريق التي تولي
حفظها بنفسه وبابيه فقد حاربه او هو على حذف مضاف اي يحاربون عباد الله وهو احسن من تقدير ايذاء
الله لان هذا الحكم يثبت بالقطع في الكافر الذمي والمراد من الاية التوزيع اي توزيع الاجزية المذكورة على
انواع قطع الطريق وبه قال ابن مغي والليث والنخعي وقتادة واصحاب احمد وقال عطا وسعيد بن المسيب
ومجاهد والحسن والضحاك والنخعي وابو ثور وداود الامام مخير فيه على ما هو ظاهر النص مطلقا وقال مالك
اذا راى الامام القاطع جلد اذا راى قتله وان كان جلدا لا اري له قطعه ولنا ما روي محمد عن ابي يوسف
عن الكلبي عن ابي صالح عن ابن عباس رض الله عنهما انه قال واقع رسول الله صلى الله عليه وسلم ابا بردة هلال
بن عويمر السلمي فجا انا من يريد دين الاسلام فقطع عليهم اصحاب ابي بردة الطريق فنزل جبريل عليه السلام
على رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحد ان من قتل واخذ المال صلب ومن قتل ولم ياخذ قتل ومن اخذ ماله ولم يقتل
قطعت يده ورجله من خلاف ومن جا مسلما هدم الاسلام ما كان منه في الشرك وفي رواية عطية عن ابن
عباس ومن اخاف الطريق ولم يقتل ولم ياخذ المال نفي وبالنظر الى المعنى وهو ان من المقطوع به ان ما ذكر من القتل
والصلب والقطع والنفي كلها اجزية على جناية القطع ومن المقطوع به ان هذه الجناية تتفاوت خفة
وغلظا والعمل باطلاق المحض للاية يقتضي ان يجوز ان يرتب على اغلظها اخف الاجزية المذكورة وعلى اخفها
لغلظ الاجزية وهذا مما ندفعه قواعد الشرع والعقل فوجب التوزيع بتوزيع الاغلظ للاغلظ والاخف للاخف
وان في هذا التوزيع موافقة لاصل الشرع حيث يجب القتل بالقتل والقطع بالاخذ الا ان هذا الاخذ لما
كان اغلظ من اخذ السرقة حيث كان محاهرة ومكابرة مع اشتهار والسلاح جعل المرة منه كالمرتين فتقطع في
الاخذ مرة اليد والرجل معا من غير اشتراط لكون القطاب منه عشرين لان الغلظ في هذه الجناية من جهة
الفعل لمتعلقه ولموافقة قاعدة الشرع شرط في قطعهم كون ما يصيب كل واحد منهم نصابا كاملا كيلا
يستباح طرفه باقل من النصاب فيخالف قاعدة الشرع ولم يشترط مالك سوى ان يكون الماخوذ نصابا
فما عدا اصاب فلا نصاب اولا ولكون المقطوع اليد اليمنى والرجل اليسرى بالاجماع كيلا يتوى نصفه والاحكام
السابقة من انه لو كانت يسراه شلاء تقطع يمينه وكذا رجله اليمنى لو كانت شلاء تقطع اليسرى ولو
كان مقطوع اليد اليمنى لا تقطع له يد وكذا الرجل اليسرى فان قلت ليس في الاجزية الموزعة الحبس
قلنا هو المراد بالنفي وذلك لان ظاهر لا يعمل به وهو النفي من الارض اي من وجه الارض لانه لا يتحقق
ما دام حيا وان حمل على بعضها وهي بلدته لا يحصل به المقصود وهو دفع اذاه عن الناس لانه اذا كان فامنهم
يقطع الطريق فيما يصير اليه من البلدة الاخرى فعلنا بمجازه وهو الحبس فانه قد يطلق عليه انه
خارج من الدنيا قال صالح ابن عبد القدوس فيما ذكر الشريف في العزير خرجنا من الدنيا ونحن من اهلها
فلسنا من الموتى فيها ولا الاحيا اذا جاءنا السجان يوما لحاجة عجبنا وقلنا جا منا من الدنيا وللماوردي مالك
رض الله عنه ان مجرد النفي لا يفيد فيه المقصود قال يحبس في بلده النفي ومعلوم ان المقصود لا يتفاوت بالحبس
في بلدة النفي وغيرها فيقع تعيين بلدة النفي في غير البادية المطلوبة قوله والرابعة من انواع هذه الجناية
ما اذا قتلوا واخذوا المال فالامام بالخيار ان شا قطع ايديهم وارجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم وان شا قتلهم
بلا صلب وقطع وان شا صلبهم احياء قتلهم وهذا قول ابي حنيفة وزفر وقال ابو يوسف رحمه الله لا بد من الصلب
للنص في الحد ولا يجوز ترك الحد كالقتل وله قال مالك فيه واحد اجاب بان اصل التشهير يحصل بالقتل والمبالغة
بالصلب ولم يثبت انه صلى الله عليه وسلم صلب العرنيين وغيره صلب احدا مع ان ظاهر النص لا يحتمل الصلب
فان قوله ان يقتلوا او يصلبوا انما يفيد ان يقتلوا بلا صلب او يصلبوا بلا قتل لكن يقتل بعد الصلب عملا
بالاجماع وقال محمد لا يقطع ولكن يقتل او يصلب وفي عامة الروايات من المبسوط وشروح الجامع الصغير
ذكر ابي يوسف مع محمد وجه قوله انه جناية واحدة هي جناية قطع الطريق فلا توجب حدين لان ما وردت

النفس في باب الحد يدخل في النفس كحد السرقة والرجم اذا اجتمعا بان سرق المحصن ثم زنى فانه يرجم ولا يقطع
انتفاء وله اي لابي حنيفة وابي يوسف وهذا على اعتبار ابي يوسف مع محمد ان هذه الجناية
وان كانت واحدة باعتبار انه قطع الطريق فهذا المجموع من القطع والقتل ايضا عقوبة واحدة وانما تغلظت
لتغلظ سببها حيث بلغ النهاية في تفويت الامن حيث فوت الامن على المال والنفس بالقتل واخذ المال وكونها
امورا متعددة لا يستلزم تعدد الحدود في قطع الطريق الا يرى ان قطع اليد والرجل فيها حد واحد وهو في
الصغرى وان مقتضى التوزيع الذي لزم اعتباره ان يتعين القطع ثم القتل لان التوزيع اذا دار بين ان اخذ
المال قطع وهذا قد اخذه فيقطع وان من قتل يقتل او يصلب وهنا قتل فيجب ان يجمع له بين القطع والقتل الا ان
ذلك كان فيما اذا فعل ذلك على الانفراد فاما على الاجتماع فجاز ان يوخذ حكم من الانواع فجاز ذلك للامام وما
ذكر من دخول ما دون النفس هو ما اذا كانا جنايتين احدهما غير النفس والاخرى النفس اما اذا كان ذلك حدا
واحدا فلا بد من اقامته فيما اجزاء واحد واحد غير انه ان بدا بالجزء الذي يتلف به النفس فعل الاخر
وان بدا بما يتلف به ما بعد الاخر انتفى الثانية وهو الضرب بعد الموت قوله ثم قال ابي الحدوري فيما
اذا اختار الامام صلبه او ما اذا قلنا بمذهبه على قول ابي يوسف انه يصلب حيا يسيح بطنه برمح الى ان
يموت ومثله عن الكرخي وجه وهو الاصح ان الصلب على هذا الوجه ابلغ في الردع وان المقصود الزجر
وهو بما يحصل في الحياة لا بما بعد الموت لا ان يقال المقصود على ذلك فانه قال ان يقتلوا او يصلبوا فلما
كون الصلب بلا قتل انه معاند له بحرف العناد فلا يتصادق معه والقتل الذي يعرض بعد الصلب ليس في
اللفظ وعن الطحاوي يقتل ثم يصلب نوقضا عن المثلة فانا نسخت من لدن العرنيين على ما عرف لنا وجه
الاول وهو الاصح لا يخفى انه لا يتاتى وجه الطحاوي لنا نقول الحاصل ليس غير صلب وقتل بطعن الرمح الثاني
هو المعتاد بينهم لان عادتهم القتل به فلبس مثله عندهم كما هو في جذع الاذنين وقطع الانف وسمل العينين
فان كان هنا مثله فالصلب ليس غيره وهو مستقطع بشرعيته فتكون هذه المثلة الخاصة مستثنات
من المنسوخ قطعا لا محمل الشك ثم يخلى بينه وبين اهله يدفنونه وعلت في كتاب الشهيد انه لا يصلي
على قاطع الطريق والصلب اكثر من ثلاثة ايام لانه يتغير بعدها فيتاذى به الناس وعن ابي يوسف
انه يترك على خشبته فيسقط ليعتبر به غيره قلنا حصل الاعتبار بما ذكرنا والنهاية غير لازمة من النص
ولكونه امرا بالصلب لا يقتضي الدوام بل بمقدار متعارف لاهل الاعذار كما في مهلة المرتد وغيرها كما في من الخيار
قوله واذا قتل القاطع فلا ضمان عليه في مال اخذه لما بيناه في السرقة الصغرى من سقوط عصمته
بالقطع قوله وان باشر القتل احدهم اي واحد منهم والباقون وقوف لم يقتلوا معه ولم يعاونوا احرى
الحد على جمعهم فيقتلوا ولو كانوا مايه يقتل واحد منهم واحد الا ان القتل حد المحاربة التي فيها قتل النفس
مع التوزيع والمحاربة تتحقق بان يكون البعض ردا للبعض حتى اذا انهزموا انما زوالهم وقد تحققت
المحاربة مع القتل فيشمل الجزا الكل وهو قول مالك واحد خلافا لمالك فيما اذا حكم بتعلق بالمحاربة فيستوي
فيه المباشر والردء كما لغيره ولا فرق بين كون القتل بسيف او عصا او حجر في قتل الكل وان لم يوجب على
حنيفة القصاص بالمثقل لان هذا ليس بطريق القصاص فان حد قطع الطريق مع القتل ليس بطريق القصاص
ولا يستدعي المماثلة ولهذا يقتل غير المباشر وان لم يقتل القاطع ولم ياخذ ما لا وقد جرح فما كان من جراحة
يجري فيها القصاص اقتص وما لا يجري فيه ذلك لزمه الارش ويعرف ما يقتص به وما لا يقتص في الجنايات
ان شا الله رب العالمين وهذا لانه لا حد في ما دون الجناية من قطع او قتل فظهر حق العبد فيستوفيه الولي
وان اخذ مالا ثم جرح قطعت يده ورجله من خلاف وبطلت الجراحات لانه لما وجب الحد حتما سقطت
عصمة النفس اي ما حل بها من تفريق اتصال الجسم بالجراحات حقا للعبد كما تسقط عصمة المال ولذا تبطل
الجراحات اذا قتل فقتل حدا لان الحد والضمان لا يجتمعان قوله وان اخذ بعد ما تاب سقط الحد عنه
بالاجماع لقوله تعالى الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم فان كان قد قتل فان شا الاولياء قتلوه

وان شاء عفا عنه لان هذا القتل قصاص يصح العفو عنه والصلح به وحينئذ لابد ان يكون قتل حديد ونحوه لان القصاص لا يجب الا به ونحوه عند ابي حنيفة وكذا اذا كان اخذ ما لا ثم تاب فان صاحبه ان شاء تركه وان شاء ضمنه وان كان هالكا وياخذه ان كان قائما لانه لا يقطع بعد التوبة لسقوط الحد فظهر حق العبد في ماله كما في النفس وفي المبسوط والمحيط رد المال من تمام توبتهم لتتخلع به خصومة صاحبه ولو تاب ولم يرد المال لم يذكره في الكتاب واختلفوا فيه قيل لا يسقط الحد كسائر الحدود ولا تسقط بالتوبة وقيل تسقط اشار اليه محمد في الاصل لان التوبة تسقط الحد في السرقة الكبرى بخصوصها للاستثناء في النص فلا يصح قياسا عليه باقي الحدود مع معارضة النص وسائر الحدود ولا تسقط بالتوبة عندنا وبه قال مالك واحمد في رواية والشافعي في قول وعنها تسقط لقوله تعالى والذان يأتيانها منكم فاذوهما فان تابا واصلحا فاعرضوا عنهما ونحن نقطع بان رجم ماعز والغامدية كان بعد توبتهما والاية منسوخة انما كان ذلك في اول الامر واذا عرف هذا فقول المصنف وان التوبة تتوقف على رد المال والقطع في مثله شبهة التناقض لانا انما توقفت على رد المال فاذا قطع الطريق قبل الرد واخذ قبل التوبة والاخذ قبل التوبة بعد اخذ المال فيه الحد بقطع اليد والرجل اجيب بفرض المسئلة فيما اذا رد بعضه فانه علامة توبته فيكون ذلك شبهة في سقوط الحد فيجب الضمان لو هلك الباقي او استهلكه ومثل ما لو اخذ واعاد التوبة في تسقط الحد والرجوع على القصاص وتصرف الاولياء فيه وفي المال ما لو اخذ قبل التوبة وقد قتلوا ولكن اخذوا من المال قليلا لا يصيب كل نصاب فان الامر في القتل والجرح على الاولياء ان شاءوا اقتلوا قصاصا وان شاءوا عفوا وقال عيسى يقتل الامام حدا انهم لو قتلوا ولم ياخذوا شيئا من المال قتلهم حدا الا قصاصا وهذا لان ما دون النصاب كالعدم ولانه يتغلظ جنايتهم باخذ شئ من المال فلا يسقط الحد والاصح ما ذكر في الكتاب لان وجوب الحد عليهم باعتبار ما هو المقصود وهم يقصدون بالقطع اخذ المال وقتلهم ليس الا ليصلوا اليه فاذا تركوا اخذ المال عرفنا ان قصدهم القتل لا القطع لان القطع ليس الا للمال فيختص بهم ان شاء الولي وجب عليه احكام القصاص قوله وان كان من القاطع صبا ومجنونا او ذو رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقين فتظهر احكام القصاص وتضمين المال والجراحات وفي المبسوط انا بوادنهم عبد قطع يد حر وفعه مولاه او فداه كما لو فعله في غير قطع الطريق وهذا لانه قصاص بين العبيد والاحرار فيما دون النفس فيبقى حكم الدفع والفداء ان كانت فيهم اماء فعلت ذلك فعليها دية اليد في مالها لانه قصاص بين الرجال والنساء في الاطراف والوقع مما عدا تعقله العاقلة قال المصنف فالمذكور في الصبي والمجنون قول ابي حنيفة وزفر وعن ابي يوسف انه لو باشر العقل الاخذ والقتل بعد البالغين وان باشر ذلك الصبي والمجنون ولا امر على البالغين قبل فان الوجه ان يقتل وقال ابو يوسف بعد ان قال المذكور في الصبي والمجنون قول ابي حنيفة وزفر وعن ابي يوسف انه لو باشر العقل الاخذ وعن ابي يوسف كما قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وغيره ولم يذكر قول محمد واكتفى بقوله العقل عن البالغين فان العقل ما يقال في مقابلة الصبيان والمجانين وعلى هذا السرقة الصغرى ان ولي الصبي او المجنون احراز المتاع سقط الحد عن الكل وان ولي غيرهما قطعوا الا الصبي والمجنون وقالت الائمة الثلاثة واكثر اهل العلم لا يسقط الحد عن غير الصبي والمجنون وذي الرحم لانها شبهة اختص بها واحد ولا يسقط الحد عن البالغين لابي يوسف ان المباشر اصل والرد تابع فمع مباشرة العاقل الخلل في التبع لا عبرة به بعد ان لا خلل في الاصل فيجب البالغون وفي عكسه وهو ان يباشر الصبي والمجنون ينعكس المعنى وهو السقوط عن الاصل فان السقوط حينئذ في التبع فينعكس الحكم وهو ما ذكرنا ان البالغين فلا يجب ولهما ايضا لابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان قطع الطريق جناية واحدة لان الموجود من الكل يسمى جناية قطع الطريق غيرانها لا تتحقق في الغالب الا بجماعة فكان الصادر من الكثير جناية واحدة فامت الكل فاذا لم يقع فعل بعضهم موجبا للحد لشبهة او عدم تكليف لما يوجب في حق البالغين كان فعل البالغين حينئذ بعض العلة وبعض العلة لا يثبت الحكم وصار كما لو طرح العامد اذا اجتمعا في قتل معصوم الدم يسقط القصاص

عن العامد واما ذو الرحم المحرم فقتيل نائبه اي نائب ولي يسقط الحد عن الكل ان يكون المال مشتركا بين المقطوع عليهم وفي القاطع ذي رحم محرم من احدهم فلا يجب الحد عليهم عملا للباقين باعتبار نصيب ذي الرحم المحرم وصيرورته شبهة في نصيب الباقين فلا يجب الحد عليهم ولان المأخوذ في يد واحد فاذا امتنع في حق احدهم بسبب القرابة يمتنع في حق الباقين فاما اذا لم يكن المال مشتركا فان لم يأخذ المال الا من في الرحم المحرم فكذلك وان اخذ منه ومن غيره يحدون باعتبار المأخوذ من ذلك الغير والاصح انه محمول على الاطلاق وانهم لا يحدون بكل حال لان مال جميع القافلة في حق قطاع الطريق كشئ واحد لانه محرز بحرز واحد وهو القافلة والكناية واحدة وهو قطع الطريق فالامتناع في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقين بخلاف السرقة من حرزين لان كل واحد من الفعلين هناك منفصل عن الاخر حقيقة وحكما واذا كان في المقطوع عليهم شريك متفاوض لبعض القطاع لا يحد لذي الرحم المحرم قوله بخلاف ما اذا كان فيهم اي في المقطوع عليهم وهو القافلة ممتنا من جواب عن مقدر وهو ان القطع على المستامن من بعده لا يوجب حد القطع كما على ذي الرحم المحرم ثم عند اختلاط ذي الرحم القاطع مع غيره من القافلة صار شبهة في الحد فكذا يجب عند اختلاط المستامن لذلك وليس كذلك بل يقام الحد عليهم اجاب بان الامتناع في حق المستامن انما كان لخلل في عصمة نفسه وماله وهو امر يخصه اما هنا الامتناع لخلل في الحرز والقافلة حرز واحد فيصير كان القريب سرق مال الغريب وغير الغريب من بيت الغريب واذا سقط الحد صار القتل حقا للاولياء ان شاءوا عفوا وان شاءوا اقتصوا وجرى الحال في المال على ما ذكرنا من قريب ولم يتبع القتل والاخذ الا في المستامنين لا حد عليهم ولكن يضمون اموال المستامنين لثبوت عصمة اموالهم للحال وان لم يكن معصوما على التابيد والله اعلم قوله واذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد لان الحرز واحد وهو القافلة فصار كما لو سرق متاع غيره وهو معه في دار واحدة فلا يجب الحد واذا لم يجب الحد وجب القصاص في النفس ان قتل عمدا بحديدة او مثقل عندهما ورد المال ان اخذه وهو قائم وضمانه ان هلك او استهلكه قوله ومن قطع الطريق ليلا او نهارا او في المصر او بين الكوفة والحيرة وهو منزل النعمان ابن المنذر قريب من الكوفة بحيث يتصل عمران احدهما بالاخرى فليس بقاطع الطريق استحسانا وكذا بين العزيتين وحد بعضهم مكان القطع ان يكون في قرية ليست بينها وبين المصر مسيرة سفر في ظاهر الرواية وفي القياس يكون قاطعا وهو قول ابي يوسف وجه القياس ان في وجوبه من اخذ في البلد ما لا مغالبة فهو قاطع طريق وعن ابي يوسف انه اذا كان خارج المصر ولو بقرب منه يجب الحد لانه لا يلحقه الغوث لانه محارب بل مجاهرته هنا اغلظ من مجاهرته في المغازة والتفصيل في النص في مكان القطع وعن مالك كل من اخذ المال على وجه لا يمكن لصاحبه الاستغاثة فهو محارب وعنه محاربة الاهل قدر ثلاثة اميال من القرى وتقف احمد من ولا كثر اصحابه ان يكون موضع لا يلحقه الغوث وعن ابي يوسف في رواية اخرى ان قصده بالسلاح نهارا في المصر فهو قاطع وان بغيره من الخشب ونحوه فليس بقاطع وفي الليل يكون قاطعا بالخشب والحجر لان السلاح لا يبيت فيتحقق القطع قبل الغوث والغوث يبطئ بالليالي فيتحقق بالسلاح وفي شرح الطحاوي للغوث على قول ابي يوسف قال المصنف ونحن نقول ان قطع الطريق يقطع المارة ولا تحقق ذلك في المصر وما يقرب منه لان الظاهر لحوق الغوث واعلم ان قطع الطريق على ما ذكرنا من تقدير المضاف وذلك يتحقق في المصر وخارجه فتقرر هذا الدليل المذكور لا يفيد تعيين مسيرة ثلاثة ايام بين المصر والقاطع وكان ينبغي ان ليس لحوق الغوث في ذلك المقدار ظاهرا وهو ما علل به للظاهر وادا قلنا انهم ليسوا قطاع فسبيلهم ان يضربوا ويحبسوا او يقتلوا لزم القصاص واحكامه وان اخذوا ما لا ضمنوه اذا اتلفوه وعلى تقدير انهم قطاع ان قتلوا قتلوا حدا فلا يقتل عفو الاولياء فيهم نتم لا يضمنون على ما سمعت وقوله لما بينا اي من قوله لظهور لحوق الغوث عند اندفاع الحد قوله ومن خنق رجلا حتى قتله لزمه دية عند ابي حنيفة وهو سبيل القتل بالمثقل وسنبينه ان شاء الله وظاهر انها ليست مسلة المثقل واما المعنى انها مثلها في ثبوت الشبهة عنده في العمد حيث

كانت الادلة فيما قصد به الزجر والردع انه قصد قتله بهذا الفعل او قصد المبالغة في ايلامه وايذائه
الضرر على نفسه فانتفى موته وعدم رضاه له لذلك فان حق غيره سرى فقتل الان لانه ظهر قصده الى
القتل بالتحقيق حيث عرف افضاءه الى القتل ثم استمر بعمده ولانه صار ساعيا في الارض بالفساد وكل من كان
كذلك يدفع شره بالقتل **فروع** مضى في الاصل على ان العبد والمراة في حكم قطع الطريق كغيرهما
اما العبد فظاهر واما المراة فلغيرها في السرقة الكبرى في ظاهر الرواية وهو اختيار الطحاوي لان الواجب
قتل وقطع وهي كالرجل في جريان كل منهما على ما عند تحقق السبب منهما وذكر الكرخي ان حد قطاع الطريق لا يجب
على النساء لان السبب هي المحاربة والمراة باصل الخلقة ليست محاربة كالصبي الا ترى انها في استحقاق ما يستحق
بالمحاربة وهو السهم من الغنيمة لا يسوى بين الرجل والمراة فكذا في العقوبة المستحقة بالمحاربة ولكن يرد
على هذا العبد فانه لا يساوي الحر في استحقاق الغنيمة ويساويه في هذا الحد وفي الصبيان والمجانين
لعدم اهلية العقوبة وذلك لا يوجد في النساء وذكرهما في نوادره عن ابي يوسف اذا قطع قوم
الطريق وفيهم امراة فباشرت المراة القتل واخذت المال دون الرجال فانه يقام الحد عليهم لا عليها وقال
محمد يقام عليها ايضا كما يقام عليهم وذكر بن سماعة عن محمد عن ابي حنيفة انه يدرء عنهم جميعا لكون المراة فيهم وجعل
المراة كالصبي والعجب ممن يذكر هذا عن كون المراة مع الرجال في القطع ثم يقتصر على ذلك الخلاف
بين ابي يوسف ومحمد فيما ويذكر حاصل هاتين الروايتين عنهما ويترك نقل ما في المبسوط من انها كالرجل
منسوبا الى ظاهر الرواية مع مساعدة الوجه وورود النقض الصحيح على مختار الكرخي بالعبد كما ذكرنا
وممن نقل ذلك صاحب الدراية وصاحب التتارخاني الكبرى والمصنف في التجنيس وغيرهم مع ضعف الاوجه
المذكورة في الفرق مثل الفرق بضعف البنية في اصل الخلقة ومثل ذلك ضعف الكلام الضعيف مع معارضته
الملاق الكتاب في المحاربين وما فوق الاباء وما في النوازل من قوله عشر نسوة قطعن الطريق فقتلن
واخذن المال قتلن وضمن المال بناء على غيره الظاهر من انهن ليس بمحاربات وعلله بان المراة اذا قاتلت
العدو واسرت لم تقتل وانما تقتلن بقتلهن والظاهر ان لا فرق بين ان يقتلن والظاهر ان لا فرق بين قطع الطريق بالاقرار مرة واحدة
وابو يوسف شرط مرتين لقوله في السرقة الصغرى وتقتل رجوع القاطع كما في السرقة الصغرى فيسقط
الحد ويوخذ بالمال ان كان اقر به وبالبينة بشهادة اثنين على معاينة القطع او الاقرار فلو شهد احدهما
بالمعاينة والاخر على اقرارهم به لا يقبل ولا تقبل الشهادة بالقطع على اب ان هد وان علا وابنه وان سفل
ولو قالا قطعوا علينا وعلى اصحابنا واخذوا اموالنا لا تقبل لانهما شهدا لانفسهما ولو شهدوا انهم قطعوا
على رجل من عرض الناس وله ولي يعرف او لا يعرف لا يقام الحد عليهم الا بحضرة من الخصم ولو قطعوا في دار الحرب
على تجار مسلمين او في دار الاسلام في موضع غلب عليه اهل البغي فتراضى بهم الى الامام لا يقضي عليهم الحد لانهم
باشروا السبب حين لم يكونوا تحت يده وفي موضع لا يجري به حكمه فلم ينعقد فعلهم موجبا عليه الاقامة عليهم
فلا يفعله ومثله تقدم في الزنا في دار الحرب ولو رفعوا الى قاض يرى تضمينهم المال فضمنهم وسلمهم الى اولياء المقتول
فصالحوهم على الديات ثم رفعوا بعد زمان الى القاضي الاخر لم يقم عليهم الحد اما لتقادم العهد وفيه نظر او لعدم
الخصم وقد سقط خصومتهم بما وصل اليهم او لقضاء الاول فيتم بذلك لانفراده اذ هو في فصل مجتهد فيه من تغير
الضمان واذا قضى القاضي عليهم بالقتل وحبسهم لذلك فذهب اجنبي فقتلهم لا شيء عليه ولذا لو قطع يد انه
لما سقطت حرمة نفسه سقطت حرمة اطرافه ولو قتله قبل الثبوت عليه ثم قامت البينة بقطعه
للطريق اقتص منه لانه قتل نفسا معصومة ثم لا ينتفي القاضي محل دمه بهذه البينة بعد ما قتل لعدم العلم
بوجود هذه البينة كعدم العلم بان يكون القاتل ولي الذي قتله القاطع في قطع الطريق فلا يلزمه شيء وذلك
بظهور انه استوفى حق نفسه ولو ان لصوصا اخذوا متاع قوم فاستغاثوا بقوم فاستغاثوا بقوم وخرجوا في طلبهم ان كان
ارباب المتاع معهم حل قتالهم وكذا اذا غلبوا وانهزموا يجوز لهم ان يتبعوهم ويقاتلوهم على رد المتاع عليهم
وان كانوا لا يعرفون مكانهم ولا يقدرون على الرد عليهم لا يجوز لهم ان يقاتلوهم لان القتال لاسترداد الرد على

ارباب

ارباب الاموال والقدرة على الرد ولو اقتتلوا مع قاطع فقتلوه لا شيء عليهم لانهم قتلوه ولاجل ما لهم فان فر منهم
الى موضع لو تركوه لا يقدر على قطع الطريق عليهم فقتلوه كان عليهم الدية لانهم قتلوه لا لاجل ما لهم وكذا لو فر رجل
من قطاع الطريق فلحقوه وقد التقى نفسه لهم بمكان لا يقدر معه على قطع الطريق فقتلوه كان عليهم الدية لانهم قتلوه
اياه لا لاجل الخوف على الاموال ويجوز للرجل ان يقاتل دون ماله وان لم يبلغ نفسا ومن قتل من يقاتله على ماله فلا
قوله صلى الله عليه وسلم من قتل دون ماله فهو شهيد والله اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب وهذا آخر كتاب الحدود

يتلوه كتاب السير في الورقة الثانية

ان الله تعالى يحمده ونعوذ به ونستعين

وصلى الله على سيدنا محمد وآله

ونحمده ونسلم

امر

م

L·D

L.ª 2



بسم الله الرحمن الرحيم وهو حسبي وكفى

كتاب السير

اورد الجهاد عقيب الحدود لانه بعد ان ناسبها بوجهين باحاد المعقود من كل منهما ومن مصنوف هذا الكتاب وهو اخلاء العالم عن الفساد ويكون كل منهما حسن لحسن غيره وذلك الغير وهو اما كلمة الله تعالى بنفس المامور به وهو القتال وجب تاخيره عنها لوجهين كون الفساد المطلوب الاخلاء عنه بالجهاد اعظم كل فساد وافتحه والعادة في التعاليم الشروع فيما يدل وجه التوغي من الادنى الى ما هو اعلى منه وكونه معاملة مع الكفار والحدود معاملة مع المسلمين وتقدم ما يتعلق بالمسلمين اولى ولا يخفى ان له مناسبة خاصة بالعبادات فلذا اورده بعض الناس عقيبها قبل النكاح لانه عبادة محضة بخلاف النكاح والسير جمع سيرة وهي فعلة بكسر الفاء من السير فيلزمون لبيان هيئة السير وحالته لان فعلة للهيئة كجلسة وحمرة وقد استعملت كذلك في السير المعنوي حيث قالوا في عمر ابن عبد العزيز سار فينا بسيرة العمرين اي غلب في لسان اهل الشرع على الطريق المامور به في غزو الكفار وكان سبب ذلك كونه تستلزم السير وقطع المسافة وقد يقال كتاب الجهاد وهو ايضا اعم غلب في عرفهم على جهاد الكفار وهو دعوتهم الى الدين الحق وقتالهم ان لم يقبلوا وفي غير كتب الفقه يقال كتاب المغازي وهو ايضا اعم لانه جمع مغزاه مصدر سماعيا لغزي ذا الاعلى الوصة والقياسي غزو وغزوة للوحدة لضربة وهو قصد العدو للقتال حض في عرفهم بقتال الكفار هذا وفضل الجهاد عظيم وكيف وحاصله بذل اعز المحبوبات وادخال اعظم المشقات عليه وهو نفس الانسان ابتغاء مرضات الله تعالى وتقربا اليه بذلك واشق منه قصر النفس على الطاعات في النشاط والكسل على الدوام ومجانبة اهويتها ولذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد رجع من غزاة رجعنا من الجهاد الاصغر الى الجهاد الاكبر ويدل على هذا انه صلى الله عليه وسلم اخره في الفضيلة عن الصلاة على وقد في حديث ابن مسعود قلت يا رسول الله اي الاعمال افضل قال الصلاة على ميقاتها قلت ثم اي قال بر الوالدين قلت ثم اي قال الجهاد في سبيل ولو استزدته لزادني رواه البخاري وقد جا انه جعله افضل بعد الايمان في حديث ابي هريرة قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم اي العمل افضل قال ايمان بالله ورسله قيل ثم ماذا قال الجهاد في سبيل الله قيل ثم ذا قال حج مبرور متفق عليه وهذه وان كانت صورة معارضة لكن الجمع بينها بحمل كل على ما يليق بالجهاد لما علمه من تهيئه له واستعداده زيادة على غيره كانا جهادا بالنسبة اليه افضل ممن ليس مثله في الجلادة والغنا وفيه نظر لان المذكور في الحديث السابق الصلاة على وقتها وتلك هي الفرائض وفي هذا يتردد في ان المواظبة على اداء فرائض الصلاة وفرض عين وتنكر والجهاد ليس كذلك وكان افتراض الجهاد ليس الا لايمان واقامة الصلاة وكان مقصودا وحسنا لغيره بخلاف الصلاة حسنة لعينها وهو المقصود منه على ما صرح به صلى الله عليه وسلم في حديث معاذ وفيه طول الى ان قال والذي نفس محمد بيده ما تبجت وجه ولا اغبرت قدم في عمل يبتغى به درجات الاخرة بعد الصلاة المفروضة كجهاد في سبيل الله صححه الترمذي واذا كان كذلك في هذا عندنا وجب ان يعتبر كل من الصلاة والزكاة مرادة بلفظ الايمان في حديث ابي هريرة رضي الله عنه ويكون من عموم المجاز ويرجح بزيادة فقه الراوي وهو ابن مسعود رضي الله عنه وبما عضده من الاحاديث السابقة والحق انه ليس فيه معارضة لانه لم يذكر الصلاة فيه اصلا واغاية انه جعل الجهاد بعد الايمان وهو يصدق اذا كان بعد الصلاة وهي تليه بعد الايمان فلا معارضة الا اذا نظرنا الى المقصود من الاحاديث في ذلك ما عن عمران ابن حصين ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مقام الرجل في الصف في سبيل الله افضل عند الله من عبادة الرجل ستين سنة رواه الحاكم وقال على

شرطا

شرط البخاري وعن ابي هريرة رضي الله عنه قيل يا رسول الله ما يعدل الجهاد في سبيل الله قال لا تستطيعونه فاعادوا عليه مرتين او ثلاثا كل ذلك يقول لا تستطيعونه ثم قال مثل المجاهد في سبيل الله كمثل الصايم القايم القانت بايات الله لا يفتر من صلاة ولا صيام حتى يرجع المجاهد في سبيل الله متفق عليه وعن ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم من احتبس فرسا في سبيل الله ايمانا بالله وتصديقا بوعده فان شبعه وريه وروثه وبوله في ميزانه يوم القيامة رواه البخاري ومن توابع الجهاد الرباط وهو الاقامة في مكان يتوقع هجوم العدو فيه لتصد دفعه لله تعالى والاحاديث في فضله كثيرة منها ما في صحيح مسلم من حديث سلمان رضي الله عنه سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول رباط يوم في سبيل الله خير من صيام شهر وقيامه وان مات فيه اجري عليه عمله الذي كان يعمل واجري عليه رزقه وامن الفتان رواه مسلم زاد الطبراني وبعث يوم القيمة شهيدا وروى الطبراني بسند ثقات في حديث مرفوع ومن مات مرابطا امن الفزع الاكبر ولفظ ابن ماجة بسند صحيح عن ابي هريرة رضي الله عنه وبعثه الله امنا يوم القيمة من الفزع وعن ابي امامة عنه صلى الله عليه وسلم قال ان صلاة المرابط خمسماية صلاة ونفقته الدينار والدرهم منه افضل من سبعماية دينار ينفقه في غيره هذا واختلف المشايخ في الذي يتحقق فيه الرباط فانه لا يتحقق في كل مكان في النوازل ان يكون في مواضع لا يكون وراءه اسلام لان ماوراءه لو كان رباطا فكل المسلمون في بلادهم مرابطون وقال بعضهم اذا اغار العدو على موضع مرة يكون ذلك الموضع رباطا الى اربعين سنة واذا اغار مرتين يكون رباطا الى مايتين وعشرين سنة واذا اغار ثلاث مرات يكون رباطا الى يوم القيمة قال في الفتاوى الكبرى والمختار هو الاول واعلم ان ما ذكر من كون محل الرباط ما وراء المسلمين ذكر في حديث عن معاذ ابن انس عنه صلى الله عليه وسلم من حرس من وراء المسلمين في سبيل الله تبارك وتعالى منطوعا لا ياخذه سلطان لم ير النار بعينه الا تحلة القسم فان الله تعالى يقول وان منكم الا واردها رواه ابو يعلى وفيه لين محتمل في المتابعات وليس يستلزم كون ذلك بامتياز المكان فقد وردت احاديث كثيرة ليس فيها سوى الحراسة في سبيل الله ولنختم هذه المقدمة بحديث البخاري عن ابي هريرة رضي الله عنه عنه صلى الله عليه وسلم قال تعس عبد الدينار وعبد الدرهم وعبد الخميصة زاد في رواية وعبد القطيفة ان اعطي رضي وان لم يعط سخط وانتكس واذا شيك فلا انتقش طوبى لعبد اخذ بعنان فرسه في سبيل الله اشعث راسه مغبرة قدماه ان كان في الحراسة كان في الحراسة وان كان في الساقة كان في الساقة ان استاذن لم يوذن له وان شفع لم يشفع **قوله** الجهاد فرض على الكفاية اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين وهذا واقع موقع تفسير فرض الكفاية اما العزيمة فلقوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وقوله تعالى فقاتلوا ائمة الكفر وقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله وقوله تعالى كتب عليكم القتال وهو كره لكم وقاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة وقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا وجاهدوا في سبيل الله باموالكم وانفسكم وقوله صلى الله عليه وسلم امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله وبهذا ينتفي ما قال عن الثوري وغيره انه ليس بفرض وان الامر به للندب وكذا كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية وقيل عن ابن عمر انه صح ويجب حمله ان صح على انه ليس بفرض عين فان قلت كيف يثبت العرض وفي الحومات مخصوص والعام المخصوص ظني الدلالة وبه لا يثبت العرض فالجواب ان المخرج من الصبيان والمجانين مخصوص بالعقل على ما عرف وبالتخصيص به لا يصير العام ظنيا واما غيرهما فنفس النص ابتدا خلق غيرهما فلم يكن من قبيل المخصوص وذلك ان النص مفروض بما يفيده يعمهم وهو من حيث يجاوب كقوله تعالى وقاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة فانا ان قتالنا المامور به جزا القتال لم يسبقه

عنه وكذا قوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة اي لا تكون منهم فتنة المسلمين عن دينهم بالاكراه بالضرب
والقتل وكان اهل مكة يفتنون من اسلم بالتعذيب حتى يرجع عن الاسلام على ما عرف في السير فامر سبحانه
بالقتال لكسر شوكتهم ولا يتدرون على تفتين المسلم عن دينه فكان الامر ابتدا بقتال من يحيث يحارب
من المشركين وقد اكد هذا قوله صلى الله عليه وسلم في بعض الروايات الصحيحة بحديث النهي عن قتل النساء
حين راى المقتولة ما كانت هذه تقاتل واما قوله صلى الله عليه وسلم الجهاد ماض الى يوم القيمة فدليل على
وجوبه وانه لا ينسخ وهذا الان خبر الواحد لا يفيد الا فتراضي وقول صاحب الايضاح اذا ثبت خبر الواحد
بالكتاب والاجماع يفيد الفرضية ممنوع بل المفيد حينئذ الكتاب والاجماع وجاء الخبر على وفقهما والحديث
رواه ابو داود من حديث قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حديث والجهاد ماض منذ بعثني الله الى ان
يقاتل اخر امتي الدجال لا يبطله جور جائر ولا عدل عادل والايمان بالاقدار وفيه يزيد ابن ابي نشبه من بني
سليم لم يرو عنه الا جعفر بن برقان وعن هذا والله اعلم قال المنذري هو في معنى المجهول ولا شك ان اجماع
الامة ان الجهاد ماض الى يوم القيامة فلا يتصور نسخه بعد النبي صلى الله عليه وسلم وانه لا قائل ان يقتال
اخر الامة الدجال ينتهي وجوب الجهاد واما كونه على الكفاية فلان المقصود منه ليس مجرد ابتلاء المكلفين بل اعزاز
الدين ودفع شر الكفار عن المسلمين بدليل قوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله
فاذا حصل ذلك بالبعض سقط هو لحصول ما هو المقصود منه كصلاة الجنازة المقصود منها قضاء حق
الميت والاحسان اليه وذهب ابن المسيب الى انه فرض عين تمسكا بعين الادلة المذكورة اذ مثلها
تثبت فروض الاعيان قلنا نعم لولا قوله لا يستوي القاعدون من المومنين غير اولي الضرر والمجاهدون
الاية الى قوله تعالى وكلا وعد الله الحسنى وفضل الله المجاهدين على القاعدين اجرا عظيما ولانه لو كان
عينا لاشتغل الناس كلهم به فيتعطل المعاش على ما لا يخفى بالزراعة والجلب بالتجارة ويستلزم
قطع مادة الجهاد من الكراع يعني الخيل والسلاح والاقوات فيودي ايجابه على الكل الى تركه للتجنب
فلزم ان يجب على الكفاية ولا يخفى ان لزوم ما ذكر انما يثبت اذا لزم من كونه فرض عين ان يخرج
الكل من الامصار دفعة واحدة وليس ذلك لازما بل يكون كافيا على الكل ولا يخرج الكل بل يلزم كل واحد
ان يخرج في سرية وفي مرة طايفة اخرى وهكذا وهذا لا يستلزم تعطيل المعايش ثم المعول
عليه في ذلك نص الايات بان لا يستوي القاعدون ثم هذا اذا لم يكن النفير عاما فان كان بان هجموا
على بلد من بلاد المسلمين فيصير من فروض الاعيان سواء كان المستنفر عدلا او فاسقا فيجب
على جميع اهل تلك البلدة النفر وكذا من يقرب منهم ان لم يكن باهل كفاية وكذا من يقرب ان لم يكن من
يقرب كفاية او تكاسلوا وعصوا وهكذا الى ان يجب على جميع اهل الاسلام شرقا وغربا كالصلاة
الميت والصلاة عليه يجب عليه ادا على اهل محلته فان لم يفعلوا لعجزا وجب على من يليهم على ما ذكروا
هكذا ذكروا وكان معناه اذا دام الحرب بقدر ما يصل الابعدون ويبلغهم الخبر والا فهو تكليف
ما لا يطاق تكلفا خالفا الاسير وجوبه على الكل منجه من اهل الشرق والغرب ممن علم وجب
ان لا يأثم من عزم على الخروج وقعوده لعدم خروج الناس وتكاسلهم او قعود السلطان او منعه
واستدل على ذلك بقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا قيل المراد به ركبانا ومشاة وقيل شبابا
وشيوخا وقيل عزابا ومتزوجين وقيل اغنيا وفقراء وشبعي ان يقال قول اخر وهو كل من هذه
اي انفروا مع كل حال من هذه الاحوال وحاصلها انه لم يجز احدا فاد العينية وفيه نظر لان
الجهاد على كل من ذكر في التفسير المذكور على الكفاية فلا يفيد تعيينها العينية بل الحق ان هذه
الاية وما تقدم من الايات كلها لافادة الوجوب ثم توقف الكفاية بالاية المتقدمة واما العينية
فلاجماع لانه من اغاثة الملهوف المعلوم هذا من جهة الدراية ثم ذكر الرواية وهو قول محمد
الجهاد واجب الا ان المسلمين في سعة من تركه حتى يحتاج اليهم قال قاول هذا الكلام يعني قوله

واجب

واجب وانهم في سعة من تركه اشار الى الوجوب على الكفاية فانه لا يمكن ان يراد ترك الكل والا لم يكن واجبا
فيترك البعض واخره وهو قوله حتى يحتاج اليهم يفيد العينية اذ صار الحاصل انه واجب ليسع البعض
تركه الا ان يحتاج فلا يسع والا بد من الاستطاعة فيخرج المريض المدنف اما الذي يقدر على الخروج
دون الدفع ينبغي ان يخرج لتكثير السواد فان فيه ارهابا وتغرير القوم تغريرا واخراجوان
قوله وقتال الكفار الذين لم يسلموا وهم من شد كي العرب اذا لم يسلموا او لم يبذلوا الجزية من غير هم
واجب وان لم يبدؤنا الان الادلة الموجبة له لم تقيد الوجوب ببدائتهم وهذا معنى قوله للعمومات
لا عموم المكلفين لانه انما يفيد الوجوب على كل احد فقط فاراد اطلاق العمومات في بدائتهم وعدمها خلافا
لما نقل عن الثوري والزمان الخاص كالاشهر الحرم وغيرها خلافا لعطا ولقد استبعد ما عن الثوري
وتمسكه بقوله تعالى فان قاتلوكم فاقتلوهم فانه لا يخفى عليه نسخه وصرح قوله في الصحيحين وغيرهما
امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله الحديث يوجب ان يبدا هم بادين تامل وحاصر النبي صلى الله
عليه وسلم الطايف لعشرين من ذي الحجة الى اخر المحرم او الى شهر وقد يستدل على نسخ الحرمة
في الاشهر الحرم بقوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وهو مبنا على التجوز بلفظ حيث في الزمان
ولا شك انه كثير في الاستعمال قوله ولا يجب الجهاد على صبي الى اخره الوجه الظاهر ان يقال
انه غير مكلف الى اخره وفي الصحيحين عن ابن عمر رضي الله عنهما عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم
يوم احد وانا ابن اربع عشرة سنة لم يجزني في المقاتلة الحديث ولا عبد ولا امراة لتقدم حق المولى
والزوج باذن الله الذي هو صاحب الحق على حقه ومعنى هذا الكلام ان حق السيد والزوج حق
متعين باذن الله تعالى على ذلك العبد وتلك المراة فلو تعلق بهما الجهاد لزم الطاق فعله لهما
والطاقه ليستلزم الطاق ترك حق المولى فلو تعلق بهم لزمه ابطال حق جعله لله متعينا حق لم يجعله
متعينا عليه وهذا اللازم باطل فالملزوم وهو المطلوب وعلى هذا التقدير يكونون مخصوصين
من العمومات لدليل مقارن وهو العقل بخلاف ما اذا صار فرض عين لان حقوقهم لا تظهر في حق
فروض الاعيان ثم لو امر السيد والزوج العبد والمراة بالقتال يجب ان يصير فرض كفاية وان يقول
صار فرض عين لوجوب طاعة المولى والزوج حتى اذا لم يقاتل في غير النفير العام لان طاعتهما
المعروضة عليهما في غير ما فيه المحاربة بالروح وانما يجب ذلك على المكلف بخطاب الرب عز وجل
بذلك والعرض انما ورد عنهم قبل النفير العام يا لم وعن هذا حرم الخروج الى الجهاد واحد
الابوين كاره لان طاعة كل منهما فرض عليه والجهاد لم يتعين عليه كما قلنا ويح ان في خصوصه احاديث
ما في صحيح البخاري عن عبد الله ابن عمرو جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستاذنه فقال
احي والداك قال نعم قال ففيهما فجاهد وقد منا من صححه انما حديث بن مسعود وقدم فيه
بر الوالدين على الجهاد وفي سنن ابي داود عن عبد الله ابن عمرو بن العاص جاء رجل الى رسول الله صلى
الله عليه وسلم فقال جيت ابايعك على الهجرة وتركت ابوي يبكيان فقال ارجع اليهما فاضحكهما
كما ابكيتهما وفيه عن الخدري ان رجلا جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم من اليمن فقال هل لك
احد باليمن قال ابواي قال اذنا ك قال لا قال فارجع فاستاذنهما فان اذنا لك فجاهد والا
فبرهما واما الاعمى والاقطع قال تعالى ليس على الاعمى حرج ولا على الاعرج حرج ولا على المريض
حرج وقال تعالى ليس على الضعفاء ولا على المرضى ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج اذا نصحوا
لله ورسوله والمعقد الاعرج قال في ديوان الادب قوله ويكره الجعل يريد بالجعل هنا ان يكلف
الامام الناس بان يقوي بعضهم بعضا بالكراع والسلاح وغير ذلك من النفقة والزاد ما دام للمسلمين
فيء وهو المال الماخوذ من الكفار بغير قتال كالخراج والجزية واما الماخوذ بقتال فيسمى غنيمة
لانه لا ضرورة ومال بيت المال معد لنوائب المسلمين وهذا وجه يوجب ثبوت الكراهة على الامام خصوصا

والوجه الاخر وهو ان الجعل يشبه الاجرة وحقيقة الاجرة تجب الطاعة حرام فما يشبهها مكروه يوجبها
على الغازي وعلى الامام كراهة تسببه في المكروه وحقيقة الجعل ما يجعل للانسان في مقابلة شيء ويعلم
واعلم ان مقتضى النظر ان النفقة تجب في مال الغازي لانه مامور بعبادة مركبة من المال والبدن فتكون
كالحج وان وجوب تجهيزهم من بيت المال على الامام انما هو اذا لم يتبرع واحد اجنبي فاضلا عن حاجته وعياله
وان كانوا ممن يطيقهم استحقاقهم من بيت المال بعد ان يكون ذلك غير كاف لتجارة حاجة المقام واما اذا لم
يجي في بيت المال شيء فلا يكلف الامام الناس ذلك على نسبة عدالاتهم به دفع الضرر الاعلى وهو تعدي
شر الكفار على المسلمين باجتياح الضرر الاذى واستانس المصنف لهذا بانه صلى الله عليه وسلم اخذ درعا
من صفوان ابن امية وبان عمر رضي الله عنه كان يغزي الاعرب عن ذي الخليلة ويعطي الشاخص فرس القاعد
اما قصة صفوان فلا شك في ان النبي صلى الله عليه وسلم ارسل يطلب منه ادراعا عند حرب وجمل احنين في
سير ابن اسحق اربعماية درع وكان صفوان اذ ذاك على شركه فانه كان طلب من النبي صلى الله عليه وسلم
ان يسيره شهرين فقال النبي صلى الله عليه وسلم سيرتك اربعة اشهر ثم عرض الخروج من مكة الى حنين
فارسل يطلب ذلك فقال يا محمد غصبا قال لا بل عارية مضمونة فبعثها ثم استحمله اياها فحمل على مايتي
بعير وفي مسند احمد قال فضاع بعضها فعرض عليه النبي صلى الله عليه وسلم ان يضمنها فقال لا انا اليوم في
الاسلام ارغب وهذا الاطلاق نفسه المدعى وهو تكليف الامام المسلمين بان يعينوا الخارجين ولا يفيد ذلك
بالتزام فان ما يفعله الامام في المشكل فيه لا باخذه على ان يضمنه لهم من بيت المال نعم فيه انه عند الحاجة
يتوصل اليها اذا لم يكن بالمسلمين قوة بالاستعارة من اهل الذمة لتشرط الضمان لهم واما ما عن عمر رضي الله
عنه فظاهره انه لا معنى يغزيه عنه ليس الا انه باخذها جبارا منه والا فهو عاجز عن نفسه وان اعطاه
من بيت المال واما قوله يعطي الشاخص فرس القاعد فصريح فيه والحديث رواه بن سعد في الطبقات
عن محمد ابن عمر الواقدي بسنده عن عمر رضي الله عنه انه كان يغزي الاعرب عن ذي الخليلة وليس فيه
امر الفرس ورواها بن ابي شيبة حدثنا حفص بن غياث عن هشام عن ابيه مجلز قال كان عمر يغزي العرب
ويأخذ فرس المتم فيعطيه للمسافر

باب كيفية القتال

لما ذكر ان القتال
لازم فلا بد ان يفعله وفعله على حد محدود شرعا فلا بد من بيانه فشرع فيه فقال واذا دخل المسلمون
دار الحرب يصح ان يكون عطفا على قوله اجاد وفرض على الكفاية عطف جملة وان يكون واو استيناف فحاصروا
مدينة وهي البلدة الكبيرة فعيلة من مدن بالمكان اقام به او حصنا وهو المكان المحصن الذي لا يوصل
الى ما في حوزته وسموه الى الاسلام فان لم تبلغهم الدعوة فهو على سبيل الوجوب لانه صلى الله عليه وسلم
امر بذلك امراء الاجناد فمن ذلك ما اخرج الجماعة الا البخاري من حديث سليمان بن بريدة عن ابيه
والفاظ بعضهم تزيد على بعض وتختلف قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا امر اميرا على جيش
او سرية اوصاه في خاصته بتقوى الله وبمن معه من المسلمين خيرا ثم قال اغزوا باسم الله في سبيل الله
قاتلوا من كفر بالله اغزوا ولا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا ولا تقتلوا وليدا واذا لقيت عدوك من المشركين
فادعهم الى احدى خصال ثلاث او خلال فايتهن ما اجابوك الى فاقبل منهم وكف عنهم ثم ادعهم الى
الاسلام فان اجابوك فاقبل منهم وكف عنهم ثم ادعهم الى التحول من دارهم الى دار المهاجرين واعلمهم ان فعلوا
ذلك ان لهم ما للمهاجرين وان عليهم ما على المهاجرين فان ابوا ان يتحولوا منها فاخبرهم انهم يكونون كاعراب
المسلمين يجري عليهم حكم الله الذي يجري على المومنين ولا يكون لهم في الفيء والغنيمة نصيب الا
ان يجاهدوا مع المسلمين فان هم ابوا فاسلم الجزية فان اجابوك فاقبل منهم وكف عنهم فان ابوا فاستعن
بالله وقاتلهم واذا حاصرت اهل حصن فاراد وك ان تجعل لهم ذمة الله وذمة نبيه فلا تجعل لهم ذمة الله
وذمة نبيه ولكن اجعل لهم ذمتك وذمة اصحابك فانكم ان تخفروا ذممكم وذمة اصحابكم خير من ان
تخفروا ذمة الله وذمة نبيه واذا حاصرت اهل حصن فاراد وك على ان تنزلهم على حكم الله فلا تنزلهم فانك لا تدري

اصبت

وهان على سواة بني لوي ٥ حريق بالبويرة مستطير ٥ وان المقصود كبت العدا الله وكسر شوكتهم
وبذلك يحصل ذلك فيفعلون ما يمكنهم من التحريق وقطع الاشجار وافساد الزرع هذا اذا لم يغلب على
الظن انهم ماخوذون بغير ذلك فان كان الظاهر انهم مغلوبون وان النجح يأيد كره ذلك لانه افساد في غير
محل الحاجة وما ابيح الا لها **قوله** ولا باس بر مبهم وان كان فيهم اسير مسلم او تاجر ولو تترسوا بابساري
المسلمين وصبيانهم سواء علم انهم ان كفوا عن رميهم انهزم المسلمون او لم يعلموا ذلك الا انهم لم يقصد برميهم
الا الكفار فان اصيب احد من المسلمين فلا دية ولا كفارة وعند الائمة الثلاثة لا يجوز رميهم في صورة التترس
الا اذا كان في الكف عن رميهم في هذه الحالة انهزام المسلمين وهو قول الحسن بن زياد فان رموا واصيب
احد من المسلمين فعند الحسن ابن زياد فيه الدية والكفارة وعندان في فيه الكفارة فقولا واحدا وفي الدية
قولان وقال ابو اسحق ان قصد بعينه لزمه الدية عليه مسلما اولم يعلمه لقوله صلى الله عليه وسلم ليس في
الاسلام دم هدر وان لم يقصده بعينه بل رمى الصف فاصيب فلا دية عليه واما الاول فلان
الاقدام على قتل المسلم حرام وترك قتل الكافر جايز الا ترى ان للامام ان لا يقتل الاساري لمنفعة المسلمين
فكان تركه لعدم قتل المسلم اولى لان مفسدة قتل المسلم فوق مصلحة قتل الكافر وجه الاطلاق امران الاول
انا امرنا بقتالهم مطلقا ولو اعتبر هذا المعنى اشتد بابه لان حضنا ما او مدينة فلما تخلوا عن اسير
مسلم فلزم من اقتدامنا على القتال مع الواقع من عدم خلو مدينة او حصن عادة اهدار اعتبار وجوده
فيه وصار كرميهم مع العلم بوجود اولادهم ونسايهم فانه يجوز لها مع العلم بوجود من لا يحل قتله فيهم ٥
واحتمال قتله وهو الجامع غير ان الواجب ان لا يقصد بالرمي الا الكافر لان قصد المسلم بالقتل حرام
بخلاف ما اذا لم يقترض وهو ما اذا فتحت البلدة قال محمد اذا فتح الامام بلدة ومعلوم ان فيها مسلما
او ذميا لا يحل قتل احدهم لاحتمال كونه ذلك المسلم او الذمي الا انه اذا قاتل ولو احرج واحد من عرض
الناس حل اذن قتل الباقي لجواز كون المخرج هو ذاك فصار في كون المسلم في الباقين شك بخلاف
الحالة الاولى فان كون المسلم او الذمي فيهم معلوم بالفرض فوقع الفرق الثاني ان فيه دفع الضرر
العام بالذب عن بيضة الاسلام باثبات الضرر الخاص وهو واجب ثم لان المصنف احال وجه
مسئلة التترس على وجهي مسئلة ما اذا كان فيهم اسير مسلم حينئذ او تاجر وقد قيل ان سلم انه لا يخلوا
ان يترسوا بالمسلمين ليكون الطلاق الاقتراض اهدار الحرمة الرمي فان المشاهدة تفيد وجب
ان يتقيد بما اذا لم يكن طريقا الى قتل المسلم غالبا واما قوله انه دفع الضرر العام بالحاق الضرر
الخاص فقد يقال ان ذلك عند العلم بانهزام المسلمين لو لم يرم وحل الرمي عند ذلك لم يتقيد به
واعلم ان المراد ان كل قتال مع الكفار وهو دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام اي مجتمعهم
وان لم يحصل فيه الظفر بصور المسلمين كلهم وهو محل تامل ويتقدير هو ضرر خفيف اشتد منه و
قتل مسلم في غالب الظن والغالب يكون الضرر العام مقدما على هذا اذا كان فيه هزيمتهم ونحوها
فان قيل لم يغرم الدية اذا اصيب مسلم مع قوله صلى الله عليه وسلم ليس في الاسلام دم مهدر
اجيب بانه عام مخصوص بالبغاة وقطاع الطريق وغيرهم فجاز تخصيصه بالمعنى وهو ما ذكرنا من قوله
لان العدو وان لا تقترن بالعزمات كما ذكرنا فيما لومات من عزره القاضي او حده لانه لا دية فيه لان
الفعل بذلك فرض عليه فلا يتقيد بشرط السلامة ولها امتنع عن الاقامة بخلاف المضطر حالة
المخمصة لانه لا يمتنع من الاكل مخافة الضمان لان في الامتناع هلاك نفسه والضمان اخف عليه من هلاكها
فلا يمتنع اما الجهاد فمبني على اتلاف نفسه فيمتنع هذا ان واعلم ان المذهب عندنا في المضطر
انه لا يجب عليه اكل مال الغير مع الضمان فلم يكن فرضا فهو كالمباح يتقيد بشرط السلامة كالمرور
في الطريق فلا حاجة الى الفرق بينه وبين افتراض الجهاد في نفي الضمان **قوله** ولا باس باحراج النسا

والمصاحف مع المسلمين اذا كان عسكرا عظيما يومن عليه لانا نغلب هو السلامة والغالب كالمتحقق وكره احراج
ذلك في سرية لا يومن عليها لان فيه تعريضهن على الضياع والفضيحة وتعريض المصاحف على الاستخفاف
منهم لما قال المصنف وهو ان وبل الصحيح لقوله صلى الله عليه وسلم لا تسافر بالقران الى ارض العدو وهذا الحديث
رواه الستة الا الترمذي من حديث مالك عن نافع عن ابن عمر وقوله وهو التاويل الصحيح احترازا عما ذكر
فخر الاسلام عن ابي الحسن الكرخي والصدر الشهيد عن الطحاوي ان ذلك انما كان عند قلة المصاحف كيلا ينقطع
عن ايدي الناس واما اليوم فلا يكره اذا التاويل الصحيح ما ذكره المصنف وهو منقول عن مالك راوي الحديث
فان ابا داود وابن ماجة زادا بعد قوله الى ارض العدو وقال مالك اريد ذلك مخافة ان يناله العدو
والحق انها من قول النبي صلى الله عليه وسلم على ما اخرجه مسلم وابن ماجة عن الليث عن نافع عن ابن عمر عن النبي
صلى الله عليه وسلم انه كان ينهى ان يسافر بالقران الى ارض العدو ويخاف ان يناله العدو واخرجه مسلم عن
ايوب السختياني عن نافع عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تسافروا بالقران فاني
لا امن ان يناله العدو وفي رواية لمسلم فاني اخاف فلذا حكم القرطبي والثوري انها من قول النبي صلى الله
عليه وسلم وغلطا من زعم انها من قول مالك وقد يكون مالك لم يسمعها فوافق تاويله اوتك في سماعه اياها
وفي فتاوى قاضي خان قال ابو حنيفة اقل السرية اربع مائة واقل العسكر اربعة الاف وفي المبسوط
السرية عدد قليل يسيرون بالليل ويكمنون بالنهار انتهى وكان المراد من شانهم ذلك والا فقد
لا تكمن وكانه ماخوذ من السري وهو السير ليلا فكان الاولى ان يقال بعد قوله يومن عليه
ويكره اخراجه فيما ليس كذلك فان الانتقال من العسكر العظيم الى السرية طعمة كبيرة ليست مناسبة
والذي يومن عليه في توغله في دار الحرب ليس الا العسكر العظيم وينبغي كونه اثنتي عشر الفا لما روي
انه صلى الله عليه وسلم قال لن يغلب اثنا عشر الفا من قلة وهو الكثير مما روي فيه هذا باعتباره ٥
اهوط وهذا احد مذهبنا ومذهب الشافعي ومذهب مالك اطلاق المنع اخذا باطلاق الحديث قال
القرطبي لا فرق بين الجيش والسرايا عملا باطلاق النص وهو وان كان نيل العدو له في الجيش العظيم
نادرا فنسيانه وسقوطه ليس بنادر وانت علمت ان العلة المنصوصة لما كانت مخافة نيله فيناط
بما هو مظنته فيخرج الجيش العظيم والنسيان والسقوط نادر مع الاهتمام والتشمير للحفظ المبعث
عليه وذلك ان عمله لا يكون الا من جبان فنسيان العذاب فيما حزن فيبعد ذلك منه وكتب اللغة ايضا
كذلك ذكره في المحيط معزوا الى السير الكبير فكتب الحديث اولى ثم الاولى في احراج النسا العجايز
للطب والمداواة والسقي دون الشواب ولو احتيج الى المباضعة فالاولى الحراج الاماء دون
الحرايز لا يباشرن القتال لانه يستدل به على ضعف المسلمين الا عند الضرورة وقد فاتت ام سليم
يوم خيبر واقرها صلى الله عليه وسلم حيث قال لقد رايت من مقام فلان وفلان يعني بعض المنهزمين
قوله ولا يقاتل المراة الا باذن زوجها والعبد الا باذن سيده لما بينا من تقدم حق الزوج
والمولى الا ان يهجم العدو على ما تقدم **قوله** وينبغي للمسلمين اي يحرم عليهم ان يغدروا او
يغلبوا او يمثلوا او الغلول السرقة من الغنيمة والغدر الخيانة وتنقض العهد قوله لقوله
صلى الله عليه وسلم لا تغلوا الى اخره تقدم في حديث بريدة وقوله عليه السلام ولا تمثلوا اي المثلة
يقال مثلت بالرجل بوزن ضرب امثل به بوزن انصر مثلا ومثلة اذا سودت وجهه او قطعت
انفه ونحو ذكره في النايع قول المصنف والمثلة المروية في قصة العرنيين منسوخة
بالنهي المتاخر هو المنقول وقد اختلف العلماء في ذلك فعندنا وان كانت فهي منسوخة كما ذكره قتادة
في لفظ في الصحيحين بعد رواية حديث العرنيين قال محمد ثني بن سيرين ان ذلك قبل ان تنزل
الحدود وفي لفظ للبيهقي قال انس رضي الله عنه ما خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ذلك خطبة
الا نهى فيها عن المثلة وقال ابو الفتح اليعمري في سيرته من الناس من ابى ذلك الى ان قال وليس فيها

يعني بالحرابة الكثر ما يشعر به لفظه انما من الاقتصار في هذا الحرابة على ما في الاية واما من زاد على
الحرابة جنايات اخر كما فعل هؤلاء كما روي ابن سعد في خبرهم انهم قطعوا يد الراعي ورجله وغرزوا
الشوك في لسانه وعينه حتى مات فليس في الاية ما يمنع من التغليظ عليهم والزيادة في عقوبتهم
فهذا ليس مثلة والمثلة ما كان ابتداء على غير جزاء وقد جاء في الصحيح سلم انما سمل النبي صلى الله عليه وسلم
اعينهم انهم سملوا اعين الراعي ولو ان شخصا جنى على قوم جنايات في اعضاء متعددة فاقتص منه لما كان
التسوية الذي حصل له من المثلة وقال ذكر البغوي في سبب نزولها يعني اية الحرابة اسببا اخر
واذا اختلفت في سبب نزول الاية الاقوال وتطرق اليها الاحتمال فلا نسخ وحاصل هذا القول
ان المثلة بين مثل جزاء ثابت لم ينسخ والمثلة بين استحق القتل لا من مثله لا تحل لا انها منسوخة ثم تشرع
اذ لا دليل على ما وقع للعرنيين كان جزاء تمثيلهم بالراعي ولا شك ان قوله لا تمثلوا على ما تقدم من رواية الجماعة
ونحوها اما ان يكون متاخرا عن مثلة العرنيين فظاهر فنسخ او لا يدري فيتعارض محرم ومبيح خصوصا والمحرم
قول فيتقدم المحرم وكلما تعارض نصان ورجح احدهما نقض الحكم بنسخ الاخر ورواية انس صريح في واما
من جنى على جماعة جنايات متعددة ليس فيها قتل بان قطع اذن رجل واذني رجل وفقأ عيني احد وقطع
يدي احد ورجلي اخر فلا شك انه يجب القصاص لكل واحد فالحقه لكنه يجب ان ثنتاني بكل قصاص بعد الذي
قبله لئلا ان يبرأ منه وحينئذ يصير هذا الرجل ممثلا به اي مثلة ضنا لا قصدا وانما يظهر اثر النهي والنسخ
فيمن مثل بشخص حتى قتله فمقتضى النسخ ان يمثل به ابدا ولا يمثل به ثم لا يخفى ان هذا بعد التغليظ والتعزير
اما قبل ذلك فلا بأس به اذا وقع قتالا كما لو ضرب فقطع اذنه ثم ضرب فقأ عينه فلم ينته فضرب
فقطع انفه ويديه ونحو ذلك **قوله** ولا يقتل امرأة ولا صبيا اخرج الستة الا النسائي عن ابن عمر
رضي الله عنهما ان امرأة وجدت في بعض مغازي رسول الله صلى الله عليه وسلم مقتولة فنهى عن قتل
النساء والصبيان واخرج ابو داود عن انس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انطلقوا باسم الله وعلى ملة
رسول الله لا تقتلوا شيخا فانيا ولا طفلا ولا صغيرا ولا امرأة ولا تغلوا واضموا غنائمكم واصلحوا واحسنوا
ان الله يحب المحسنين وفيه خالد ابن الغرز وقال ابن معين ليس بذلك واما معارضته بما اخرج ابو
داود عن سمرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اقتلوا شيوخ المشركين واستبقوا شرخهم فضعف
منه ثم على اصول كثير من الناس لا معارضة بل يجب ان يخص الشيوخ بغير الفاني فان المذكور في ذلك
الحديث الشيخ الفاني ليخص العام مطلقا بالخاص ثم هو معارض ظاهرا بما اخرج الستة عن الصعب ابن
جثامة انه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اهل الدار من المشركين يبيتون فيصاب من ذراريهم
ونسائهم فقال صلى الله عليه وسلم هم منهم وفي لفظ من اباءهم فيجب دفعا للمعارضة حمله على مورد السؤال
وهم المبيتون وذلك ان فيه ضرورة عدم العلم والقصد على الصغار بانفسهم لان التبييت
يكون معه ذلك والتبييت هو المسيء في عرفنا بالكبسة وما الظن الا ان حرمة قتل النساء
والصبيان اجماع واما الحديث الذي ذكره المصنف انه صلى الله عليه وسلم راى امرأة مقتولة فهو مما رواه
ابو داود والنسائي عن ابن الوليد الطيالسي عن عمر ابن المرقع بن صيفي حدثني ابي عن جده رباح ابن الربيع
بن صيفي قال كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزوة فرأى الناس مجتمعين على شيء فبعث رجلا فقال
انظر على ما اجتمع هؤلاء فجاء الرجل فقال امرأة قتيل فقال ما كانت هذه لتقاتل وعلى المقدمة خالد
ابن الوليد فبعث رجلا فقال قل لخالد لا تقتلن امرأة ولا عسيفا واخرجه النسائي ايضا وابن ماجة
عن المغيرة بن عبد الرحمن عن ابن ابي ذئب عن المرقع وكذا احمد في مسنده وابن حبان في صحيحه والحاكم
في المستدرك وفي لفظه فقال لها ما كانت هذه تقاتل ثم قال وهكذا رواه المغيرة بن عبد الرحمن
وابن جريج عن ابي الزناد فصار الحديث صحيحا على شرط الشيخين وكلمة زجر والهاء التي للسكت
واذ ثبت فنقول علل القتل بالمقاتلة في قوله ما كانت هذه تقاتل فثبت ما قلنا من انه معلول

بالحرابة فلزم قتل ما كان مظنة له بخلاف ما ليس اياه وبمنع قتل النساء والصبيان او بابس الشق ونحوه
يبطل لكون الكفر من حيث هو كفر علة اخرى والا لقتل هؤلاء وهو الذي يقول المصنف والحجة عليه اي على
الشافعي ما بيناه يعني من عدم قتل بابس الشق لان هذا الالزام على احد القولين له فانه ذكر في شرح الوجيز
وفي الشيوخ والعميان والضعفاء والزمنى ومقطوعي الايدي والارجل قولان في قول يجوز قتلهم وبه
قال احمد في رواية لعموم اقتلوا المشركين وروي عنه عليه الصلاة والسلام اقتلوا شيوخ المشركين
واستحيوا شرخهم ولانهم كفار والكفر مبيح للقتل وفي قول لا يجوز وبه قال ابو حنيفة ومالك واحمد
في رواية وذكرنا ما ذكرنا من الحديث المانع من قتل الشيخ الفاني قال والتعمد والزمن ومقطوع اليدين
والرجلين في معناه وعن ابي بكر انه اوصى يزيد ابن ابي سفيان حين بعثه الى الشام فقال لا تقتلوا الولدان
ولا النساء ولا الشيوخ الخبر انتهى وانت تعلم ان قوله تعالى اقتلوا المشركين عام مخصوص بالذمي والنساء
والصبيان فما الذي خصص الشيخ الفاني ومن ذكر المصنف بالقياس لو لم يكن فهم خبر فكيف وفهم ما سمعت
بل ما قدمنا من ان النصوص مقيدة ابدا بالمحاربين على ما ترجع اليه واما حديث الشيوخ فتقدم انه
ضعيف بالانقطاع عند هم وبالحجاج ابن ارطاة ولو سلم فيجب تخصيصه على ما ذكرنا على اصولهم واما قول
المصنف صح انه صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل الصبيان والذراري فالمراد بالذراري النساء من اسم السبب
في المسبب قال في العرنيين وفي الحديث لا تقتلوا ذرية ولا عسيفا اي امراة ولا اجيرا ثم المراد
بالشيخ الفاني الذي لا يقتل من لا يقدر على القتال او الصياح عند القتال الضعيف ولا على الاعمال لانه يجي
منه الولد فيكثر محارب المسلمين ذكر في الذخيرة وزاد الشيخ ابو بكر الرازي في كتاب المرتد
من شرح الطحاوي انه اذا كان كامل العقل يقتله ومثله يقتله اذا ارتد والذي لا تقتله الشيخ الفاني
الذي خرف وزال عقله وعقله والمميزين فهذا حينئذ يكون بمنزلة المجنون فلا تقتله ولا اذا
ارتد قال واما الزمني فهو بمنزلة الشيوخ فيجوز قتلهم اذا رأى الامام ذلك كما يقتل سائر الناس
بعد ان يكونوا عقلاء ويقتلهم ايضا اذا ارتدوا انتهى ولا يقتل مقطوع اليد اليمنى والمقطوع يد ورجله
من خلاف ويقتل مقطوع اليد اليسرى او احد الرجلين وان لم يقاتل **قوله** الا ان يكون احدهما كذا
استثنينا من عدم حكم القتل ولا خلاف في هذا الاحد وصح امره صلى الله عليه وسلم بقتل دريد ابن الصمة
وكان عمره مائة وعشرون عاما او اكثر وقد عمر لما جيء به في جيش هوازن للراي وكذا تقتل من قاتل
من كل ما قلنا انه لا يقتل كالمجنون والصبي والمرأة الا ان الصبي والمجنون يقتلان في حال قتالهما
اما غيرهما من النساء والرهبان ونحوهم فانهم يقتلون اذا قاتلوا بعد الاسر والمرأة الملكة تقتل وان لم
تقاتل وهذا الصبي الملك والمعتوه الملك لان في قتل الملك كسر شوكتهم وفي الصغير الكبير لا يقتل
الراهب في صومعته ولا اهل الكنائس الذين لا يخالطون الناس فان خالطوا قتلوا كما عسيس
والذي يحن ويفيق يقتل في حال افاقته وان لم يقاتل **قوله** ويكره ان يبتدي الرجل اباه
من المشركين او جده او امه اذا قاتلت او حدته بالقتل لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا
فانزلت في الابوين ولو مشركين لقوله تعالى وان جاهداك على ان تشرك في ما ليس لك به
علم الاية ولانه يجب عليه الانفاق في احيائه فيما قضته الاطلاق في اخبائه فان ادركه اي ادرك
الاب الابن ليقتله والابن قادر على قتله امتنع الابن على الاب بغير القتل بل يشغله بالمحاولة بان
يعرف فرسه او يطرحه عن فرسه ويخيبه على مكان ولا ينبغي ان يتصرف عنه ويتركه لانه يصير
حربا علينا بل يخيبه على ان يفعل ما ذكرنا ولا يدعه ان يهرب على ان يجي من يقتله فاما ان لم يتمكن الابن
من دفعه عن نفسه الا بالقتل فليقتله لانه لو كان مسلما اراد قتل ابنه ولا يتمكن من التخلص منه الا بقتله
كان له قتله لتعينه طريقا لدفع شره فهنا اولى ولو كان ذميا في سفر وعطش ومع الابن ما يكفي لنجاة احدهما
كان للابن شربه ولو كان الاب يموت وينبغي انه لو سمع اباه المشرك يذكر الله ورسوله يسوءه ان يكون له

قتله لما روي ان اباعبيدة بن الجراح قتل اباه حين سمعه يسب النبي صلى الله عليه وسلم وشرف وكرم فلم ينكر النبي صلى الله عليه وسلم ذلك ولا يلزم للادب قتل ابنه الشرك ولذات يراث القرابات عندنا كالوارث والحال يباح قتله ولا تنقضه ذوي الارحام عندنا لا يجب الا للمسلمين منهم بخلاف القرابات يلزم ان يبتدئ بهم كالاب واما ذي الرحم اذا كان الابن احد الشهود فيبتدئ بالرجم ولا ينقض قتله بان يرميه مثلا بحصاة **باب الموادعة ومن يجوز امانه** الموادعة المسالمة وهو جائز ومعنى الصورة ظاهره عن الجهاد صورة ومعنى وما قيل لانه ترك الجهاد وترك النبي يقتضي سبق وجوده فغير صحيح بل يتحقق ترك الزنا وسائر المعاصي ممن لم يوجد منه اصلا ويثاب على ذلك وكيف وهو مكلف بتركها في جميع عمره والا كان تكليفا بالمحال **قوله** واذا رأى الامام ان يصالح اهل الحرب او فريقا منهم بمال او بلا مال وكان ذلك مصلحة للمسلمين فلا بأس به لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله والاية وان كانت مطلقة لكن اجمع العلماء على تقييدها بروية مصلحة المسلمين في ذلك بآية اخرى هي قوله تعالى ولا تهنوا وتدعوا الى السلم وانتم الاعلون فاما اذا لم يكن في الموادعة مصلحة فلا يجوز بالاجماع وفي السلم لغتان كسر السين وفتحها ومنه قوله تعالى والقوا اليكم السلم ومقتضى الاصول انها لما منسوخة ان كانت الثانية بعدها اي نسخ الاطلاق وتقييده بحالة المصلحة او المعارضة في حالة عدم وجود المصلحة ان لم يعلم ترجح مقتضى المنع اعني ايه ولا تهنوا كما هو القواعد في تقديم المحرم واما حديث موادعته صلى الله عليه وسلم اهل مكة عام الحديبية عشر سنين فنظر فيه بعض الشارحين بان الصحيح عند اصحاب المغازي انها سنتان كذا ذكره معمر بن سليمان عن ابيه وليس يلزم لان الحاصل ان اهل النقل مختلفون في ذلك فوقع في سيرة موسى ابن عقبة انها كانت سنتين اخرجه البيهقي عنه وعن عروة بن الزبير مرسلا ثم قال البيهقي وقولها سنتين يريد ان بقاءه سنتين الى ان نقض المشركون عهدهم وخروج النبي صلى الله عليه وسلم اليهم لفتح مكة واما المدة التي وقع عليها عقد الصلح فيشبه ان يكون المحفوظ ما رواه محمد ابن اسحق وهي عشر سنين انتهى وما ذكره عن ابن اسحق هو المذكور في سيرته وسيرة ابن هشام من غير ان يتعقبه ورواه ابو داود من حديث محمد ابن اسحق عن الزهري عن عروة ابن الزبير عن المسور بن مخرمة ومروان بن الحكم انهما اصطلحوا على وضع الحرب عشر سنين نامن فيها الناس ويكف بعضهم عن بعض واذا رواه البزار والطبراني بلفظ اقاموا عشر سنين او قال عشرا ورواه احمد وحمد الدبري في مسنده مطولا بقصة الفتح حدثنا يزيد ابن هرون انبانا ابن اسحق فساقه ليلى ان قال على وضع الحرب عشر سنين نامن فيها الناس ويكف بعضهم بعضا وكذا رواه الواقدي في المغازي حدثني ابن ابي سبرة عن اسحق ابن عبد الله ابن ابي فروة عن داود ابن عمرو وقد ذكر قصة الحديبية ليلى ان قال على وضع الحرب عشر سنين ليلى اخره والوجه الذي ذكره البيهقي وجه حسن به تنتفي المعارضة فيجب اعتباره فان الكل اتفقوا على ان سبب الفتح كان نقض قريش العهد حيث اعانوا على خزاعة وكانوا دخلوا في حلف رسول الله صلى الله عليه وسلم واختلفوا انما مدة الصلح وقع اختلاف ظاهر ابان مراد من قال سنتين ان بقاءه سنتين ومن قال عشرا انه عقد عشرة كما رواه كذلك فانه لا تنافي بينهما حينئذ **قوله** وانتصر احكم وهو جواز الموادعة على المدة المذكورة وهو عشر سنين لعقد يا المعنى الذي به علل جوازها وهو حاجة المسلمين او ثبوت مصلحتهم فانه قد يكون باكثر خلاف ما اذا لم تكن الموادعة او المدة المسماة خيرا للمسلمين فانه لا يجوز لانه ترك الجهاد صورة ومعنى وما لا يبيح الا باعتبار انه جهاد وذلك انما يتحقق اذا كان خيرا للمسلمين ولا فهو ترك لا لضرورة وبهذا يندفع ما نقل عن بعض العلماء من منعه اكثر من عشر سنين وان كان في الامام غير مستظهر وهو قول الشافعي ولقد كان في صلح الحديبية مصالح عظيمة فان الناس لما تفارغوا انكشفت محاسن الاسلام للذين كانوا مستبعدين لا يعتقدون محاسن المسلمين لما فارقوهم وتخالطوا **قوله**

وان صالحهم مدة ثم رأى ان نقض الصلح انفع نبذ اليهم اي القى اليهم عهدهم وذلك بان يعلمهم انه رجع عما كان وقع قال تعالى واما تخافن من قوم خيانة فانبذ اليهم على سواء اي على سواء منك ومنهم في العلم بذلك لكن ظاهر الاية انه مقيد بخوف الخيانة وهو محتمل ان علم منهم تغير او ظن به ولعل خوف الخيانة لا رأى للعلم بكفرهم وكونهم حربا علينا والاجماع على انه لا يتقيد بخطور الخوف لان المدونة في الاول اصحت الا انها انفع فلما تبدل الحال عاد الى المنع ولا بد من النبذ تحرزا عن الغدر وهو محرم بالعمومات كحديث اصح في البخاري عنه صلى الله عليه وسلم من حديث عبد الله ابن عمر ابن العاص اربع خلال من كن فيه كان منافقا خالصا من اذا حدث كذب واذا وعد اخلف واذا عاهد غدر واذا خاصم فجر وروى ابو داود والترمذي وصححه كان بين معاوية وبين الروم عهد وكان يسير نحو بلادهم حتى اذا انقضى العهد غزاهم فجاء رجل على فرس وهو يقول الله اكبر الله اكبر وفاء لا غدر فنظروا فاذا هو عمرو بن عنبسة فارسل اليه معاوية فسأله فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من كان بينه وبين قوم عهد فلا يشد عقدة ولا يحلها حتى ينقضي امدها او ينبذ اليهم على سواء فرجع معاوية بالناس رواه احمد وابن حبان وابن ابي شيبة وغيرهم واما ما ذكره المصنف من قوله صلى الله عليه وسلم وفاء لا غدر فلم يعرف في كتب الحديث الا من قوله عمرو بن عنبسة هذا واما استدلاله بانه صلى الله عليه وسلم نبذ الموادعة التي كانت بينه وبين اهل مكة فلا يتم انه جعل دليلا فيما يأتي من قوله وان بدا واخيانة فقاتلهم ولم ينبذ اليهم اذ ليس كان بانتقاضهم لانهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة لما ينقضه ولذا اذا دخل جماعة منهم لهم منعة وقاتلوا المشركين على نية يكون ينقضا بحقهم خاصة فيقتلون ويسترقون ومن معهم حتى الذراري الا ان يكون باذن ملكهم فيكون ينقضا في حق الكل ولو لم يكن لهم منعة لم يكن ينقضا في حقهم وانما في حق غيرهم وانما قلنا هذا لانه صلى الله عليه وسلم لم يبيد اهل مكة بل ابدم بدارا بالعهد وقيل بعض المدة فقاتلهم وانما نبذ اليهم بل سأل الله ان يعمي عليهم حتى يبغتهم هذا هو المذكور بجميع اصحاب السير والمغازي ومن يلقي القصة ورواها كما في حديث ابن اسحق عن الزهري عن عروة ابن الزبير عن مروان ابن الحكم والمسور بن مخرمة قالا كان في صلح رسول الله صلى الله عليه وسلم انه من شاء ان يدخل في عقد رسول الله صلى الله عليه وسلم وعهده دخل فدخلت خزاعة في عقد رسول الله صلى الله عليه وسلم ودخلت بنو بكر في عقد قريش فكانوا في الهدنة السبعة او الثمانية عشر شهرا ثم ان بني بكر الذين دخلوا في عقد قريش وثبوا على خزاعة الذين دخلوا في عقد رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلا بكا ولم بقال له الوتير فرب من مكة وقالت قريش هذا ليل ولا يعلم بنا محمد ولا يرانا احد فاغاروا عليهم بالسلاح والكراع وقاتلوا خزاعة معهم وركب عمرو بن سالم الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يخبره الخبر فلما قدم عليه انشده

لاهم اني ناشد محمدا ... حلف ابينا وابيه الا تلدا

ان قريشا اخلفوك الموعدا ... ونقضوا ميثاقك المؤكدا

وهم بيتونا بالوتير هجدا ... فقتلونا ركعا وسجدا

فانصر رسول الله نصرا اعتدا ... فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نصرت يا عمرو بن سالم ثم امر الناس فتجهزوا وسأل الله ان يعمي على قريش خبرهم حتى يبغتهم في بلادهم وذكر موسى بن عقبة نحو هذا وان ابا بكر قال له يا رسول الله الم تكن بيننا وبينهم مدة قال الم يبلغك ما صنعوا ببني كعب ورواه الطبراني من حديث ميمونة ورواه ابن ابي شيبة مرسلا عن عروة ورواه مرسلا عن جماعة كثيرين في كتاب المغازي وفيه فقال ابو بكر يا رسول الله اولم يكن بيننا وبينهم مدة فقال انهم عدروا وانتقضوا العهد فانا غازيهم ثم في النبذ لا يكفي مجرد اعلامهم بل لا بد من مضي مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من الف الخبر الى اطراف مملكته والجواز ان يغار على شيء من بلادهم قبل مضي تلك المدة **قوله** وان رأى الامام موادعة اهل الحرب وان باخذ المال على ذلك جاز لانه لما جاز بلا مال فبالمال وهو اكثر نفعا اولى الا ان هذا اذا كان بالمسلمين حاجة اما اذا لم يكن فلا يراد عهم لما بينا من قبل بعض قوله لانه ترك للجهاد صورة ومعنى قال شارح ويجوز ان يكون

اشارة الى قوله لانه يشبه الاخر يعني في سبيله الحمل قبل باب كيفية القتال وهذا يقتضي ان المواد عة تجوز ولو اخذ مالهم لا يجوز اذا كان مال المسلمين كثيرا غير انهم ليسوا منتهبين للحرب لقلة العدد الخاص لتفرق القبائل في البلاد ونحوه وهو بعيد لان ذلك كله جهاد وفي اخذ مالهم كسر لشوكتهم وتقليل لمادتهم فاخذه لهذا المعنى من الجهاد لا اجرة عليه النزك وباعتباره ثم ما يوخذ من هذا المال يصرف مصارف الخراج والجزية ان كان قبل النزول بساحتهم بل برسول اما اذا نزلنا بهم فهو غنيمة يخمس ويقسم ابانيه لانه ماخوذ منهم قهرا عني واما المرتدون فلا باس بمواد عتهم ومعلوم ان ذلك اذا غلبوا على بلدة وصاروا دارهم دار الحرب والا فلا لان فيه تقرير المرتد على الردة وذلك لا يجوز ولهذا قيد الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير ما ذكرنا قال يدل عليه وضع المسئلة في مختصر الكرخي بقوله غلب المرتدون على دار من دور الاسلام فلا باس بمواد عتهم عند الخوف فلو واد مهم على المال لا يجوز لانه في معنى الجزية والا تقبل من المرتد جزية وقوله لما تبين معنى في باب الجزية ومع هذا لو اخذه لا يرده عليهم لان ما لهم في دار للمسلمين اذا ظهروا عليه كما اذا اخذ من اهل البغي حيث يرد عليهم وضعت الحرب اوزارها لانه ليس قتالا انه لا يرده حال الحرب لانه اعانة لهم قوله ولو خاف العدو والمسلمين وطلبوا الموادعة على مال يدفعه المسلمون اليهم لا يفعله الامام لما فيه من اعطاء الدنية اي النقيصة ومن ذلك قول عمر لابي بكر رضي الله عنهما في الحديبية وكان متجافنا عن الصلح اليس برسول الله قال ابو بكر بلى قال اولسنا بالمسلمين قال بلى قال اوليسوا بالمشركين قالوا بلى قال فعلام نعطي الدنية في ديننا فقال له ابو بكر الزم غرزه فاني اشهد انه رسول الله فقال عمر وانا اشهد انه رسول الله ذكره بن اسحق في السير وفي الحديث ليس للمومن ان يذل نفسه فالعز خاصية الايمان قال الله تعالى ولله العزة ولرسوله وللمومنين الا اذا خاف الامام الهلاك على نفسه والمسلمين فلا باس لان النبي صلى الله عليه وسلم لما اشتد على الناس البلاء وقعة الخندق ارسل الى عيينة بن حصن والحرث بن عوف ابن ابي حارثة المري وهما قائدا غطفان واعطاهما ثلث ثمار المدينة على ان يرجعا من معهما فجرى بينهما الصلح حتى كتبوا الكتاب ولم تقع الشهادة والاعزيمة الصلح فلما اراد رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يفعل بعث الى سعد ابن معاذ وسعد ابن عبادة فذكر لهما ذلك واستشارهما فيه فقالا له يا رسول الله امرا تحبه فتصنعه ام شيا امرك الله به لابد لنا من العمل به ام شيء تصنعه لنا قال بلى شيء اصنعه لكم والله ما اصنع ذلك الا اني رايت العرب قد رمتكم عن قوس واحد وكالبوكم من كل جانب فاردت ان اكسر عنكم من شوكتهم الى امر ما فقال له سعد بن معاذ يا رسول الله قد كنا نحن وهولاء القوم على الشرك بالله وعبادة الاوثان لا نعبد الله ولا نعرفه وهم لا يطمعون ان ياكلوا منا ثمرة الا شراء او بيعا فحين اكرمنا الله بالاسلام وهدانا له واعزنا بك وبه نعطيهم اموالنا مالنا بهذا من حاجة والله ما نعطيهم الا السيف حتى يحكم الله بيننا وبينهم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فانت وذاك فتناول سعد الصحيفة فمحا ما فيها من الكتاب ثم قال ليجهدوا علينا قال محمد ابن اسحاق حدثني به عاصم بن عمر بن قتادة ومن لا اتهم عن محمد بن مسلم بن عبيد الله ابن شهاب الزهري وعلل المصنف هذا بقوله لان دفع الهلاك واجب باي طريق يمكن وهو نظير ما قاله لا يجب دفع الهلاك باجراء كلمة الكفر ولا بقتل غيره لو اكره عليه بقتل نفسه بل يصبر للقتل ولا يقتل غيره ولو شرطوا في الصلح ان يرد اليهم من جاءنا مسلما منهم بطل الشرط فلا يجب الوفاء به فلا يرد اليهم من جاءنا منهم مسلما وهو قول مالك وقال الشافعي يجب الوفاء به في الرجال دون النساء لانه صلى الله عليه وسلم فعل ذلك في الحديبية حتى جاء ابو جندل بن عمرو بن سهيل وقد كان اسلم فرده فصار ينادي يا معشر المسلمين اردالى المشركين يفتنوني عن ديني فقال له صلى الله عليه وسلم اصبرا ابا جندل واحتسب فان الله جاعل لك ولمن معك من المستضعفين فرجا ومخرجا ولان ردا بصير ردا ما لو شرط مثله في النساء لا يجوز ردهن وكما شاء في انشاء نكاحها فلو طلب زوجها الكرة في المهر هل يعطاه لك فيه قولان في قول لا يعطاه وهو قولنا وقول مالك واحمد

وفي قول يعطاه قال تعالى فان علمتموهن مومنات فلا ترجعوهن الى الكفار وهذا هو دليل النسخ في حق الرجال ايضا اذ لا فرق بين الرجال والنساء في ذلك بل مفسدة رد المسلم اليهم اكثر وحين شذ ذلك كان في قوم من اسلم منهم لا يبالغون في تعذيبه فان كل قبيلة لا تخرض لمن فعل ذلك من قبيلة اخرى اما يتولى رد عه عشيرته وهم لا يبلغون فيه اكثر من القيد والسب والامانه ولقد كان بمكة بعد هجرة النبي صلى الله عليه وسلم جماعة من المستضعفين مثل ابي بصير وابي جندل سهيل ابن عمرو الى نحو سبعين لم يبلغوا فيهم النكاية لعشائرهم والامر على خلاف ذلك قوله وينبغي ان يباع السلاح من اهل الحرب اذا حضر دار هذا ونحوه بجهز اليهم مع التجار الى دار الحرب لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع السلاح من اهل الحرب وحمله اليهم والمعروف ما في سنن البيهقي ومسند البزار ومعجم الطبراني من نحو ابن كنيز السقا عن عبيد الله القبطي عن ابي رجاء عن عمران الحصين ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع السلاح في الفتنة قال البيهقي الصواب انه موقوف واخرجه ابن عدي في الكامل من حديث ابن مصعب الخرقساني وقد اختلف فيه ضعفه بن معين وقال ابن عدي هو منكر لا باس به ونقل عن احمد نحو ذلك قال المصنف وان فيه اي في نقل السلاح وتجهيزه اليهم تقويتهم على قتال المسلمين وكذا الكراع اي الخيل لا فرق في ذلك ما قبل الموادعة وما بعدها لانها على شرف الانقضاء او النقض قال وهو القياس في الطعام اي القياس فيه ان يمنع من حمله الى دار الحرب لان به التقوي على كل شيء والمقصود اضعافهم الا انا عدلنا اي نقل الطعام اليهم بالنص يعني حديث ثمامة وحديث اسلامه رواه البيهقي من طريق محمد ابن اسحق عن سعيد المقبري عن ابي هريرة فذكر قصة اسلام ثمامة وفي اخره قوله لاهل مكة حين قالوا له صبوت فقال والداني ما صبوت ولكني اسلمت وصدقت محمدا وامنت به وايم الله الذي نفس ثمامة بيده لا تاتيكم حبة من اليمامة وكانت بغير مكة ما بقيت حتى ياذن فيها محمد وانصرف الى بلده ومنع الحمل الى مكة حتى جهدت قريش فكتبوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يسالونه بارحامهم ان يكتب الى ثمامه ان يحمل اليهم الطعام ففعل صلى الله عليه وسلم وذكر بن هشام في اخر السيرة وذكر انهم قالوا له صبات فقال لا ولكني اتبعت خير الدين دين محمد والسلام فصل اليكم حبة من اليمامة حتى ياذن فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم الى ان قال فكتبوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم انك تامر بصلة الرحم وانك قد قطعت ارحامنا فكتب صلى الله عليه وسلم اليه ان تخلي بينهم وبين الحمل واما بيع الحديد فمنعه صلى الله عليه وسلم المصنف لانه اصل السلاح وهو ظاهر الرواية فان الحاكم نص على تسوية الحديد والسلاح وذهب محمد الى ان الاسلام في شرح الجامع الصغير انه لا بيكره حيث قال وهذا في السلاح واما فيما لا يقاتل به الا بصنعة فلا باس كما ذكر هنا بيع المزامير وابطلنا بيع الخمر ولم نر بيع العنب باسا وان يبيع الخشب وما اشبه ذلك وقال الفقيه ابو الليث في شرحه وليس هذا كما قالوا في بيع العصير ممن يجعله خمرا الان العصير ليس بالة المعصية بل بصير الة لها بعد ما يصير خمرا واما هنا فالسلاح الة المعصية في الحال ويكره بيعه ممن يعبد في الفتنة قيل باشارة هذا يعلم ان بيع الحديد منهم لا يكره

فروع من المبسوط طلب ملك منهم الذمة على ان يترك حكم في اهل مملكته ما شاء من قتل وظلم لا يصلح في الاسلام لا يجاب الى ذلك لان التقرير على الظلم مع قدرة المنع منه حرام وكان الذي منى يلتزم احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات فشرط خلافه باطل ولو كان لم ارض بها قوم من اهل مملكته مع عبيده يبيع منهم ما شاء فصاح وصار ذمة فهم عبيده له كما كانوا يبيعهم ان شاء لان عقد الذمة خلف عن السلام في الاحرار ولو اسلم كانوا عبيده فكذا اذا صاروا ذمة وهذا لانه صار مالكا لهم بيد القاهر وقد ازداد وكادة بعقد الذمة فان ظفر عليهم عدو فاستنقذهم المسلمون فانهم يردونهم على هذا الملك بغير شيء قبل القسمة وبالقيمة بعد القسمة

كساير اموال اهل الذمة وهذا لان على المسلمين القيام بدفع الظلم عن اهل الذمة كما عليهم ذلك في حق المسلمين
وقد الوا سلم الملك واهل ارضه او اسلموا هم دونه هم عبيده ولو اداد عوا عليه ان يودي كل سنة شيا
معلوما وعلى ان يجري عليهم في بلادهم احكام المسلمين لم يفعل ذلك الا ان يكون خير للمسلمين بان
بهن الموادعة لا يلتزمون احكام الاسلام ولا يخرجون من ان يكونوا اهل حرب وترك القتال مع اهل
الحرب لا يجوز الا ان يكون خيرا للمسلمين ثم اذا فعل ذلك ان كان بعد ما احاط بهم الجيش او قتله د
برسول يتقدم حكم هذا المال ولو صالحوهم على ان يرد والهم كل سنة مائة راس من انفسهم واولادهم
لم يصح لان هذا الصلح وقع على جماعتهم فكانوا كلهم مستامنين واسترقاق المستامنين لا يجوز الا ترى
ان واحدا منهم لو باع ابنه بعد هذا الصلح لم يجز فكذلك لا يجوز تملك شئ من نفوسهم واولادهم بحكم ذلك
الموادعة لان حرمتهم ثابتة خلاف ما لو صالحوهم على مائة راس باعيانهم اول السنة وقالوا امنونا على
ان هؤلاء لكم وصالحكم ثلاث سنين مستقبلة على ان تعطيكم كل سنة مائة راس من رقيقنا فانه جايز لان
التعيين في السنة الاولى لا يتناول لهم الموادعة وما يثبت الامان لهم فاذا جعلوهم مستثنى من الموادعة
تجعلهم اياهم عوضا للمسلمين صاروا ما لكين للمسلمين بالموادعة والمشروط في السنين الكاينة بعد الموادعة
ارقاقا فجاز ولو سوق مسلم مستامنا من مالهم بعد الموادعة لاجل شراوه منه كان مالا للمستامن لانه لك
لانه غدر ولا يصح شراؤه منه ولو اغار قوم من اهل الحرب على اهل الصلح جاز ان يشتري منهم ما اخذوه من اموالهم
لانهم ملكوه بالاحراز كالمسلمين ثم لا يلزم رد شئ من ذلك عليهم وبالشرط لانهم بالموادعة ما خرجوا عن كونهم
اهل حرب اذ لم يتناد والملك حكم الاسلام ولا يجب على المسلمين القيام بنصرتهم ولو دخل بعضهم دار حرب
اخرى فظهر المسلمون عليها لم يتعرضوا له لانه في امان المسلمين

فصل في الامان

وهو نوع من الموادعة في التحقيق **قوله** واذا امن رجل حرا او امراة حرة كافرا او جماعة او اهل
حصن او مدينة صح امانهم على انفسهم والمصدر الى المفعول ولم يجز لاحد من المسلمين قتالهم والاصل فيه قوله د
صلى الله عليه وسلم تتكافؤ دماؤهم اي لا تتفاوت في القصاص والدية الوضيع والشريف يسعى بذمتهم ادناهم اخرج
ابو داود ومن حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم المسلمون
تتكافؤ دماؤهم يسعى بذمتهم ادناهم ويرد عليهم اقصاهم ومعنى يرد عليهم اقصاهم
اي يرد الابعد منهم التبعة عليهم وذلك ان العسكر اذا دخل دار الحرب فاقتلع الامام منهم سرايا
وجها للاغارة فاغنمته جعل لها ما سمي ويرد ما بقي لاهل العسكر لان بهم قدرت السرايا على التوغل
في دار الحرب واخذ المال واما قوله ويسعى بذمتهم ادناهم اي كانهم الة واحدة مع ما من سواهم من الملل كالعضو الواحد
بالنسبة الى سائر البدن وعليه لكن رواه ابن ماجة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم المسلمون تتكافؤ دماؤهم
ويسعى بذمتهم ادناهم ويجير عليهم اقصاهم وهم يد على من سواهم ومعنى الحديث ظاهر فالمعنى
يرد الاجارة عليهم حتى يكون كلهم مجيرا والمقصود من هذا الحديث محل الدراية وهو في الصحيحين عن علي قال
ما كتبنا عن النبي صلى الله عليه وسلم الا القران وما في هذه الصحيفة قال صلى الله عليه وسلم المدينة حرم فمن
احدث فيها حدثا او اوى محدثا فعليه لعنة الله والملايكة والناس اجمعين لا يقبل الله منه يوم القيمة
صرفا ولا عدلا ذمة المسلمين واحدة يسعى بها ادناهم فمن اخفر مسلما فعليه لعنة الله والملايكة
والناس اجمعين لا يقبل الله منه يوم القيمة صرفا ولا عدلا واخرج البخاري ايضا من حديث انس ومسلم
من حديث ابي هريرة ومن قال ان الشيخ علاي الدين وهم اذ اخرجه من حديث علي من جهة ابي
داود والواقع ان الشيخين اخرجاه غلط فان ما في الصحيحين ليس فيه تتكافؤ دماؤهم وهو يريد
ان مخرج ما ذكره في الهداية انما هو محل الحاجة من الحديث فقط وفسر المصنف ادناهم بالواحد في
العدد وهو الواحد احترازا عن تفسير محمد من الدناة ليدخل العبد كما سياتي وليس بلازم اذ على هذا
التفسير ايضا فيه دليل لمحمد وهو اطلاق الادنى بمعنى الواحد فانه يتناول الواحد حرا او عبدا

وقد ثبت في امان المراة احاديث منها حديث ام هاني في الصحيحين عنها قالت يا رسول الله زعم ابن
امي علي انه قاتل رجلا قد اجرته فلان ابن فلان قال صلى الله عليه وسلم قد اجرنا من اجرت وامنا
من امنت ورواه الازرقي من طرق الواقدي عن ابي ذيب عن المقبري عن ابي مرة مولى عقيل
عن ام هاني بنت ابي طالب رضي الله عنها قالت ذهبت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول
الله اني اجرت حموين لي من المشركين فاراد هذا ان يقتلهما فقال صلى الله عليه وسلم ما كان له ذلك
الحديث وكان الذي اجارته ام هاني عبد الله ابن ابي ربيعة بن المغيرة والحرث ابن هشام بن المغيرة
كلاهما من بني مخزوم ومنها ما رواه ابو داود حدثنا عثمان ابن ابي شيبة عن سفيان بن عيينة
عن منصور عن ابراهيم عن الاسود عن عايشة قالت ان كانت المراة لتجير على المومنين فيجوز ذلك
الترمذي باب امان المراة حدثنا يحيى ابن اكثم نا ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ان المراة
لتاخذ للقوم يعني تجير القوم على المسلمين وقال حديث حسن غريب وقال في علله الكبير
سالت محمد ابن اسمعيل عن هذا الحديث فقال هو حديث صحيح وكثير بن يزيد وهو في السند
سمع من الوليد بن رباح والوليد ابن رباح سمع من ابي هريرة حديث اجارة زينب بنت
رسول الله صلى الله عليه وسلم ابا العاص فقال صلى الله عليه وسلم ما اوانه يجير على المسلمين ادناهم رواه د
الطبراني بطوله قال المصنف ولانه من اهل القتال اي الواحد ذكرا او انثى فانا من اهله بالتنبيب
بالها وعبيدها فيخاف منه فيتحقق الامان منه للافاته محله اي محل الامان وهو الكافر الخايف
واذا صار المقرف من اهله في محله فعدم بتعدي الى غيره اي غير المجير من المسلمين واما قوله
وان سببه لا يتجزى الى اخره فيصح تعليلا بلا واو للتعدي فان ما ذكره من المعنى لا يزيد على
اعتبار الامان بالنسبة الى المومن فاما تعديه الى غيره فليس صريحا ولا بد له من دليل وما ذكر
عدم التجزي يصلح دليلا له فانه اذا لم يتجزى كان امان الواحد امان الكل لانه بعض امان الكل واستدل
على عدم تجزيه بان سببه وهو الايمان لا يتجزى فكذا الامان وفسر بالتصديق الذي هو ضد
الكفر وبعضهم باعطاء الامان لانه يقال امنته فامن اي اعطيته الامان فامن وكما يصح ان يقال
امنت بمعنى صدقت بالدين فامن الكافر اي حصل له الامان وهذا انما يتم اذا كان السبب علة
وهو مجاز فان حقيقته السبب المفضي ولا يلزم من وجوده الوجود ولا شك ان الايمان بالله
ورسوله سبب موصل الى امان الحربي باعطاء المسلم اياه له فالحق ان كلا منهما يصح الايمان واعطاء
الامان سبب الامان بمعنى علته لا يتجزى فلا تتجزا الامان او الايمان بمعنى التصديق سبب حقيقي
للامان لا يتجزى الامان وصار كولاية الانكاح اذا زوج احد الاولياء المستويين نفذ على الكل
واعلم ان كونها لا تتجزا انما علمناه من النص الموجب للنفاذ على الكل اذا صدر من احدهم فهو المرجع في
ذلك وقوله الا اذا كان في ذلك اي امان الواحد مفسدة فينبذ اليهم كما اذا امن الامام بنفسه
لما راى المصلحة في النبذ وقد بيناه في الباب السابق وهو قولنا يفعل كثيرا عن الغدر دون
تركه الجاء صورة واما قوله ولو حاصر الامام حصنا وامن واحدا من اناس الى اخره فليس تكرارا
محتاجا لذكره ليبني عليه **قوله** ويوديه الامام افتياته على راية خلاف ما اذا كان فيه نظر
لا يوديه لانه ربما فعل ذلك مخافة ان تفوت المصلحة بالتاخير الى ان يعلم الامام او يوسن هو بنفسه
والافتيات افتعال من الفوت وهو السبق وانما يقال للافتعال للسبق الى الشيء دون اينار
من ينبغي ان يوامر فيه بخلاف غيره يقال فاتني فلان بكذا اي سبقني فاعله افتوات قلبت
واوه ياء للكسر ما قبلها والتعليل به مطلقا يقتضي ان يوديه مطلقا لتحقق الافتيات فيما فيه
المصلحة فالوجه تقييده بقولنا افتيات فيما لا مصلحة فيه **قوله** ولا يجوز امان ذمي لانه د
متهم بهم على المسلمين لموافقته لهم اعتقادا ولانه لا ولاية للكافر على مسلم بقوله تعالى ولن يجعل الله

للكافرين على المؤمنين سبيلا والامان من باب الولاية لانه نفاذ كلامه على غيره شاء او ابى وهو اسير
وتاجر يدخل عليهم دار الحرب لانا مقهورات تحت ايديهم والامان مختص بمحل الخوف لانها بجبران
عليه فيجري الامان عن المصلحة لانه كلما اشتد الامر عليهم يجدون اسيرا او تاجرا فيتخلصون بامانه
فلا ينفتح باب الفتح **قوله** ومن اسلم في دار الحرب ولم يؤسر ولم يصر اسيرا لم يصح امانه لما بينا من ان الامان
يختص بمحل الخوف ولا خوف منه حال كونه متمكنا في داره لامنعة له ولا قوة دفاع **قوله** ولا يصح
امان المحجور عليه عند ابي حنيفة الا ان يأذن له مولاه في القتال وقال محمد يصح وهو قول ان في وبه
قال مالك واحمد وابو يوسف في رواية لاطلاق الحديث المذكور وهو قوله ويسعى بذمتهم ادناهم ولما روى
ابو موسى الاشعري من قوله صلى الله عليه وسلم امان العبد امان ولانه مومن ممتنع اذ له قوة ممتنع بها وبغيره
فيصح امانه اعتبارا بالمأذون له في القتال والموبد من الامان وهو عند الذمة فان العبد المحجور اذا عقد
الذمة لاهل مدينة صح ولزم وصار واهل ذمة فهذا وهو المرقت من الذمة اولى بالصحة وهذا لان ذلك
تمام الوثيقة في صحة الامان اما الايمان فلانه شرط للعبادات والجهاد من اعظمها واما اعتبار الامتناع فليتحقق
ازالة الخوف وبذلك تتحقق الموثقة الجامع بين الاصل والتبع وهو اعزاز الدين واقامة مصلحة المسلمين
اذ الكلام في مثل هذه الحالة لانه في مصلحة فيه وانما يملك المسايغة اذا لجهاد بالسيف لتغرير منافعه
المملوكة للمولى على العوات بان يقتل وهذا المانع انما يوثر في الجهاد بذلك الوجه لا بوجه اعطاء الامان
لمصلحة المسلمين فلا يبقى بينه وبين المحجور في هذا النوع من الجهاد فرق فيجب اعتباره منه وابو حنيفة
ومالك في رواية سحنون عنه انه محجور عن القتال فلا يصح امانه لاشتغال الخوف منه فلم يلاق الامان محله
وهو الخائف من المومن فلا يحصل الموثر وهو الاعزاز لانه ممن لا يخاف منه ولان المصلحة لان الظاهر انه يخلي
لان معرفة المصلحة في الامان انما تتوم بمن يباشر القتال وهو المأذون لانه ادرى بالامر من غيره الماكس
له وفي خطابه سد باب الاستغنام على مولاه وعلى المسلمين فلم يعبر عن احتمال الضرر احتمالا راجحا كخلاف
العبد المأذون وبخلاف الامان الموبد بالجزية لانه يخلف من الاسلام وهو بمنزلة الدعوة الى الاسلام
ولكل مسلم عبد او حر ذلك ولانه متقابل بالجزية فالمصلحة للسيد ولعامة المسلمين محققة فيه ولانه
معروض عند مسالمة الله تعالى عن قتالهم به بقوله حتى يعطوا الجزية ففي عقد الذمة لهم استغناء
الغرض عن الامام وعن عامة المسلمين وهو كذلك نفع محقق فافترقا واعلم ان وجه العامة تضمن
قياس قول ابي حنيفة امان المحجور على امان المأذون في القتال وقياس امان المحجور على عقد الذمة من المحجور
كذلك ان فرق ابا حنيفة في الثاني منجه واما وقعه القياس الاول فلانا نقول ان فرق بانا نخاف
منه والاخر نخاف منه فالظاهر ان ذلك بالنسبة الى اهل الحرب غير معلوم فانهم لا يعرفون
المأذون له فيخافونه من غيره فلا يخافونه بل كل من دراه مع المسلمين سوى البنية
فهو مخوف لهم واما بان الظاهر خطاوه في المصلحة فلانا نقول لان الامان غير لازم اذا لم يكن
فيه مصلحة بل اذا كان كذلك نبذ اليهم الامام به ثم الاستدلال بالحديث المروي عن ابي موسى
غير تام لانه حديث لا يعرف فان قلت فقد روى عبد الرزاق حدثنا معمر عن عاصم ابن سليمان
عن فضيل ابن يزيد الرقاشي قال شهدت قرية من قرى فارس يقال لها ساهرنا في حصارنا
شهرا حتى اذا كنا ذات يوم وطمعنا ان نصيبهم اغفرنا عنهم عند المقيل فتخلف عبد مناف فاستامنهم
فكتب اليهم امانا ثم رمى به اليهم فلما رجعنا اليهم حذروا الينا بياتهم ووضعوا اسلحتهم فقتلنا
ما شاء الله فقالوا لم تقتلونا واخرجوا الينا السهم فيه كتاب بامانهم فقلنا هذا عبد والعبد لا يقدر
على شيء فقالوا لا ندري عبدكم من حركم وقد خرجنا بامان فكتبنا الى عمر فكتب ان العبد المسلم من
المسلمين وامانه امانهم ورواه ابن ابي شيبة وزاد فاجاز عمر امانه فالجواب انا واقعة حال
فجاز كونه مأذونا له في القتال وايضا جاز كونه محجورا والامان كان عقد ذمة وانه يصح منه والله اعلم

الا ان اطلاق عمر قوله العبد المسلم من المسلمين وامانه امانهم في رواية عبد الرزاق يقتضي انا طلقه
مطلقا بذلك والحديث جيد وفضيل ابن يزيد الرقاشي وثقه ابن معين **قوله** وان امر الصبي وهو
لا يعقل لا يصح باجماع الائمة الاربعة كالمجنون وان كان يعقل وهو محجور عن القتال فعلى الخلاف بين اصحابنا
لا يصح عند ابي حنيفة ويصح عند محمد ويقول ابي حنيفة قال الشافعي واحمد في وجه لان قوله غير
معتبر كطلاقه وعتاقه ويقول محمد قال مالك واحمد وان كان ماذونا له في القتال فالاصح انه يصح
بالاتفاق بين اصحابنا وبه قال مالك واحمد لانه متصرف دائر بين النفع والضرر فيملكه الصبي المأذون
والمراد بكونه يعقل ان يعقل الاسلام ويصفه واضاف ابو يوسف الى ابي حنيفة في السير الكبير وعلم
الصحة وانما قال المصنف والله اعلم لانه اطلاق المنع في الصبي المراهق عن ابي حنيفة كما نقله الناطفي في الاجناس
ناقلا عن السير الكبير فقال قال محمد الغلام الذي راهق الحلم وهو يعقل الاسلام ويصفه جاز امانه ثم قال وهذا
قوله فاما عند ابي حنيفة وابي يوسف فلا يجوز وكذا في الاطلاق في غاية البيهقي فقال لا يجوز امان الصبي
المراهق ما لم يبلغ عند ابي حنيفة وعند محمد يجوز اذا كان يعقل الاسلام ويصفه وكذا المخلط العقل لانه من
اهل القتال كالبالغ الا انه يعتبر ان يكون مسلما بنفسه فهذا كما نزى اجرى الخلاف في الصبي مطلقا قال المصنف
والاصح التفصيل بين كون العاقل مجورا عن القتال او ماذونا له فيه ففي الثاني لا خلاف في صحة الامان
هذا من الفاظ الامان قولك للحربي لا تخف ولا تحزن او لا توجل او منوس او لكم عهد الله او ذمة الله او تعالى فاسمع
الكلام ذكره في السير وقال الناطفي في السير اما لا سالت ابا حنيفة عن الرجل يشير باصبعه الى السما
لرجل من العدو فقال ليس هذا بامان وابو يوسف استحسن ان يكون اما نا وهو قول محمد رحمة الله عليهم
اجمعين

باب الغنايم وقسمتها

لما ذكر قتال الكفار وما يتوصل به من المواعدة
ذكر ما ينتهي اليه غالبا وهو الظهور والاستيلاء على النفوس وتوابعها واما كان ذلك غالبا استقرأ
تأييد الله جيوش المسلمين وتقريبه في الاكثر **قوله** واذا فتح الامام بلدة عنوة يجوز الوجهان
وما قدمناه في قوله واذا حاصر المسلم وفسر المصنف العنوة بالقهر وهو ضده لان منه عنا
يعنو عنوة وعنوا اذا ذل وخضع ومنه وعنت الوجوه للحي القيوم وانما المعنى فتح بلدة حال
كون اهلها ذوي عنوة اي ذل وذلك لا يستلزم قهر المسلمين وفيه وضع المصدر موضع الحال
وهو غير مطرد الا في الفاظ عند بعضهم واطلاق اللازم وارادة الملزوم في غير التعاريف لذلك
في الاخبارات على ان يراد معنى المذكور ولا المجازي لان ينتقل منه الى ضده المقصود بتلك الارادة
كثير الرماد ولو اراد به نفسه الجود كان مجازا من المسبب الى السبب والوجه انه مجاز
اشتهر فان عنوة اشتهر في نفس القهر عند النقل فجاز استعماله فيه نفسه تعريفا واذا فتح
الامام بلدة عنوة وهو بالخيار ان شاء قسمه اي البلد بين الغانمين مع رؤوس اهلها استرقاقا له
واموالهم بعد اخراج الخمس لحاجاته وان شاء قتل مقاتلهم وقسم ما سواهم من الاراضي والاموال والذراري
وضع على الاراضي المقسومة العشر لانه ابتداء التوظيف على المسلم وان شاء من عليهم برقابهم واراضيهم
واموالهم ووضع الجزية على الرؤوس والخراج على ارضهم من غير نظر الى الماء الذي يسقى به اهو ما العشر
ام السما والعيون والادوية والابار او ما الخراج فالاخبار التي سنذكرها الاعاجم لانه ابتداء التوظيف
على الكافر واما المن عليهم برقابهم وارضهم فقط فكروه الا ان يدفع اليهم من المال ما يتمكنون به من اقامة
العمل والنفقة على انفسهم وعلى الاراضي لما ان تخرج الغلال والا فهو تكليف بلا يطاق واما المن
عليهم برقابهم مع المال دون الارض او برقابهم فقط فلا يجوز لانه اضرار بالمسلمين بردهم حربا علينا
الى دار الحرب ثم له ان يبقيهم احرارا ومنه يوضع الجزية بلا مال يدفعه اليهم فيكونوا فقراء يكتسبون
بالسعي والاعمال وله ان يسترقهم كما سيذكره هذا وقد قيل الاول في الاول وهي قسمة
الاراضي وغيرها اذا كان بالمسلمين حاجة داتية عند عدمها ثم استدل على جواز قسمة الارض بقسمته

صلى الله عليه وسلم خيبر وما في البخاري عن زيد ابن اسلم عن ابيه قال قال عمر رضي الله عنه لولا اخر المسلمين
ما فتحت بلدة ولا قرية الا قسمتها بين اهلها كما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر رواه مالك في الموطا انا
زيد ابن اسلم عن ابيه قال سمعت عمر يقول لولا ان يترك اخر الناس لا شيء لهم ما فتح المسلمون قرية الا قسمتها
بينهما كما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر بينهما فظاهر هذا انه قسمها كلها والذي في ابي داود بسند
جيد انه قسم خيبر فجعلها نصفين نصفا لنوائبه ونصفا بين المسلمين فقسم بينهم على ثمانية عشر سهما واخرجه
ايضا من طريق محمد بن فضيل عن يحيى ابن سعيد عن بشير بن يسار عن رجل من اصحاب رسول الله صلى الله عليه
انه قسمها على ستة وثلاثين سهما جمع كل سهم مائة سهم يعني اعطى لكل مائة رجل سهما وقد جاء مبينا
كذلك في رواية البيهقي وكان لرسول الله صلى الله عليه وسلم وللمسلمين النصف من ذلك وعزل النصف
من ذلك لمن ينزل به من الوفود ونوائب المسلمين وحاصل هذا انه نصف لنوائب المسلمين وهو
معنى مال بيت المال ثم ذكر من طريق اخر وبين ان ذلك النصف كان الوطيح والكتيبة والسلالم وتوابعها
فلما حازت الاموال بيد رسول الله صلى الله عليه وسلم والمسلمين لم يكن لهم عمال يكفونهم عملها فدعا رسول
الله صلى الله عليه وسلم اليهود فعاملهم زاد ابو عبيد في كتاب الاموال فعاملهم بنصف ما يخرج منها فلم يزل
حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر حتى كان عمر فكثر العمال في المسلمين وقووا على العمل فاجلا
عمر رضي الله عنه اليهود الى الشام وقسم الاموال بين المسلمين الى اليوم وقد اختلف اصحاب المغازي
في ان خيبر فتحت كلها عنوة او بعضها صلحا وصح ابو عمر بن عبد البر الاول وروى موسى ابن عقبة
عن الزهري الثاني وغلطه بن عبد البر قال وانما دخل ذلك من جهة الحصنين اللذين اسلم اهلها
في حقن دمائهم وهما الوطيح والسلالم كما روي انه صلى الله عليه وسلم لما حاصرهم فيها حتى ايقنوا بالهلكة
سألوه ان يسيرهم وان يحقن لهم دماءهم ففعل فجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم الاموال وجميع الحصون
الا ما كان من ذينك الحصنين الى ان قال فلما لم يكن اهل ذينك الحصنين معتومين ظن ان ذلك صلح
والصحيح انه في الرجال والنساء والذرية لضرب من الصلح ولكنهم لم يتركوا ارضهم بالحصار والقتال وكان
حكمها حكم سائر ارض خيبر فلا عنوة معتومة بين اهل الحديث ان قال ولو كان صلحا لملكوا اهلها كما يملك
اهل الصلح ارضهم وسائر اموالهم فالحق في ذلك ما قاله بن اسحق عن الزهري اي انها فتحت عنوة
دون ما قاله موسى ابن عقبة عنه انتهى **قوله** وان شاء اقرها اهلها اليه قوله هكذا فعل عمر بسواد
العراق لا شك في اقرار عمر رضي الله عنه اهل السواد ووضع الخراج على اراضيهم على كل جريب غامر او
غامرة عمله صاحبه اولم يعمله درهما وقفيزا وفرض على جريب الكرم عشرة وعلى الرطاب خمسة
وفرض على رقاب الموسرين في العام ثمانية واربعين وعلى من دونه اربعة وعشرين وعلى
من لم يعد لشيء اثني عشر درهما فحمل في اول سنة على عمر ثمانون الف الف درهم وفي السنة
الثانية مائة وعشرون الف الف درهم الا ان في المشهور عن اصحاب الشافعي انما فتحت عنوة
وقسمت بين الغانمين فجعلت لاهل الخمس والمنقولات الغانمين والصحيح المشهور عندهم
انه لم يخمس باهل الخمس لكنه استطاب قلوب الغانمين واسترقها ووقفها على اهل الخراج
يؤدونه كل سنة وقال ابن سريج باعها من اهلها بثمن سوجل منجم والمشهور في كتب المغازي ان السواد
فتح عنوة وان عمر رضي الله عنه وظف ما ذكرنا ولم يقسمها بين الغانمين محتجا بقوله تعالى ما افاء الله
على رسوله الى قوله والذين جاءوا من بعدهم اي الغنيمة لله ولرسوله والذين جاءوا من بعدهم
وانما يكون لهم بالمن بوضع الخراج والجزية وتلى عمر هذه الاية ولم يخالفه احد الا نفر يسير
كبلال وسلمان ونقل عن ابي هريرة فدعا عمر رضي الله عنه على المنبر فقال اللهم اكفني بلالا واصحابه
قال في المبسوط فلم يحمد واوندموا ورجعوا الى رأيه ويدل على ان قسمة الاراضي ليس حتما ان مكة
فتحت عنوة ولم يقسم النبي صلى الله عليه وسلم ارضها وهذا ذهب مالك ان مجرد الفتح تصير الارض وقفا

للمسلمين وهو اوفق بالاخبار والاثار وقد علم ان مكة فتحت صلحا الا دليل على ان نقيض الاثري انه
ثبت في الصحيح من قوله صلى الله عليه وسلم من دخل دار ابي سفيان فهو امن ومن اغلق بابه عليه فهو امن
ولو كان صلحا لم يحتج الى هذا الكلام به لا حاجة اليه ذلك والله اعلم ما ثبت من اجارة ام هاني من اجارته ومدافعتها
عليا عن قتله واموره صلى الله عليه وسلم بقتل ابن خطل بعد دخوله وهو متعلق باستار الكعبة واظهر
من هذا كله قوله صلى الله عليه وسلم في الصحيحين ان الله تعالى حرم مكة يوم خلق السموات والارض لا يسفك
فيها دم احد ان قال فان احد ترخص بقتال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقولوا له ان الله اذن لرسوله
ولم يأذن لكم فقوله بقتال رسول الله صلى الله عليه وسلم صريح في ذلك **قوله** وفي العقار خلاف
الشافعي الى ان في المن بالارض ابطال حق الغانمين على قولكم او ملكهم على قولي فلا يجوز للامام ذلك بلا
بدل يعادله والخراج لا يعادل لقلته بالنسبة الى رقبة الارض خلافا لابي الرقاب لان للامام ان يبطل
حقهم راسا بالقتل والحجة عليه ما روينا من فعل عمر رضي الله عنه مع وجود الصحابة فلم يجاروه فكان
اجماعا فان قيل لا ينعقد الاجماع بمخالفة بلال ومن معه اجيب بانه لم يسوغ اجتهاد عمر بدليل ان عمر
دعاهم ولو سوغوا لم ذلك لما دعي على المخالف ولان فيه نظر للمسلمين لانهم يصيرون كالاكرة
العاملة للسالمين العالمة بوجوه الزراعة مع ارتفاع المؤن عن المسلمين وفي هذا من النظر ما لا يخفى
مع انه يحتاط به الدين يأتون من بعد فيحصل عموم النفع للمسلمين والخراج وان قل حالا فقد حل مآلا
فربما يحصل منه على طول الزمان اضعاف قيمة الارض **قوله** وهو في الاسارى بالخيار ان شاء
قتلهم يعني اذا لم ليسلموا الا انه صلى الله عليه وسلم قد قتل من الاسارى اذا شك في قتله عقبة ابن ابي
معيط من اسارى بدر والنضر ابن الحرث الذي قالت فيه اخته قتيلة الابيات التي منها
يا راكبا ان الاثيل مظنة ... من صبح خامسة وانت موفق ... ابلغ بها ميتا بان تحية ... ما ان تزال بها الركاب تخفق
منا اليك وعبرة مسفوحة ... جادت بواكفها واخرى تخنق ... الابيات والمعيمة بن عدي وهو اخو المطعم
بن عدي واما ما قال هشيم انه قتل المطعم بن عدي فغلط بلا شك ولئن وهو صلى الله عليه وسلم يقول لو كان
المطعم بن عدي حيا لشفعته في هؤلاء النتنى ولئن في قتلهم حسم مادة الفساد الكامن فيهم بالكلية
وان شاء استرقهم لان فيه دفع شرهم مع وفور المصلحة لاهل الاسلام وهذا قلنا ليس لواحد من الغزاة
ان يقتل اسيرا بنفسه لان الراي للامام فقد يرى مصلحة المسلمين في استرقاقه فليس له ان يفتات
عليه وعلى هذا فلو قتل بلا علمي بان كان القاتل عشر الاسير كان له لان يجزره اذا وقع على خلاف
مقصوده ولكن لا يضمن بقتله شيأ وان شاء تركهم احرارا ذمة للمسلمين لما بينا من ان عمر فعل ذلك
في اهل السواد وقوله الا مشركي العرب والمرتدين يعني اذا اسروا فان الكلام في الاسارى ويتحقق
الاسر في المرتدين اذا غلبوا وصاروا حربا على ما بينا ان شاء الله تعالى في باب الجزية من انه لا يقبل
منهم جزية ولا يجوز استرقاقهم بل اما الاسلام او السيف فان اسلم الاسير بعد الاسر لا يقتلهم
لان الغرض من قتلهم دفع شرهم وقد اندفع بالاسلام ولكن يجوز استرقاقهم لان الاسلام لا ينافي الرق
جزاء على الكفر الاصلي وقد وجد بعدا تعقد سبب الملك وهو الاستيلاء على الحربي غير المشرك ثمن
العرب بخلاف ما لو اسلموا قبل الاخذ لا يسترقون ويكونون احرارا لانه اسلام قبل انعقاد سبب
الملك فيهم **قوله** ولا يفادي بالاسارى عند ابي حنيفة هذا احد الروايتين عنه وبه اخذ
الكرخي وصاحب الهداية وعن ابي حنيفة انه يفادي بهم كقول ابي يوسف ومحمد والشافعي
ومالك واحمد لا بالنساء فانه لا يجوز المفاداة بهن عندهم ومنع احمد المفاداة بصبيانهم وهذه
رواية السير الكبير قبل وهو اظهر الروايتين عن ابي حنيفة وقال ابو يوسف يجوز المفاداة
بالاسارى قبل القسمة لا بعدها وعند محمد يجوز بكل حال ووجه رواية الكتاب ما ذكر ان فيه معونة
الكفرة لانه يعود حربا علينا ودفع شر حرابته خير من استنقاذ المسلم لانه اذا بقي في ايديهم كان ابتلا

في حقه فقط والصدر بدفع اسيرهم اليهم يوفي جماعة المسلمين وجه الرواية الموافقة لقول
العامة ان تخليص المسلم اولى من قتل الكافر للانتفاع به لان حرمته عظيمة وماذكر من الضرر الذي يعود الينا
بدفعه اليهم يدفعه ظاهرا المسلم الذي يتخلص منه لان ضرر شخص واحد فيعتور بدفعه واحد مثله
ظاهرا فيتكافئان ثم تبقى فضيلة تخليص المسلم وتكثيره من عبادة الله كما ينبغي زيادة ترجيح ثم انه حدث
ذلك من رسول الله صلى الله عليه وسلم اخرج مسلم في صحيحه وابو داود والترمذي عن عمران ابن الحصين
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم فدا رجلين من المسلمين برجل من المشركين واخرج مسلم ايضا عن اياس
بن سلمة عن ابيه حزن جامع ابي بكر امره علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم ايضا انه قال فلقيني رسول
الله صلى الله عليه وسلم في السوق فقال ياسلمة هب لي المراة لله ابوك اعني التي كان ابو بكر نفله ا
اياها فقلت في لك يارسول الله والله ماكشفت لها ثوبا فبعث بها رسول الله صلى الله عليه وسلم فعدا
بها اناسا من المسلمين كانوا اسروا بمكة الا ان هذا يخالف رايهم فانهم لا يفادون بالنساء ويبقى الاول
قوله اما المفاداة بمال فاخذه منهم لا يجوز في المشهور من المذهب لما بيناه في المفاداة بالمسلمين
من رده حربا علينا وفي السير الكبير انه لا بأس به اذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا باساري بدر
اذ لا شك في احتياج المسلمين يومئذ حاجتهم اذ ذاك فلم يكن محل المفاداة الكاينة في بدر
بالمال وقد انزل الله في شان تلك المفاداة ما انزل من العتب بقوله تعالى ما كان لنبي ان تكون له اسرى
حتى يثخن في الارض اي يقتل اعداء الله من الارض فيتغنيهم عزا مزيدون عرض الدنيا والله يريد الاخرة
وقوله تعالى لولا كتاب من الله سبق وهو لا يعذب احدا قبل النهي ولم يكن نهاهم لهم فيما اخذتم
من الغنائم والاساري عذاب عظيم ثم احلها له ولهم رحمة منه تعالى فقال فكلوا مما غنمتم حلالا طيبا
في المجموع من الغداء وغيره وقيل للغنيمة فان قيل لا شك انه من الغنيمة قلنا لو سلم فلا شك انه
يجب تغييده بما اذا لم يضر بالمسلمين من غير حاجة ويرده تكثير المحاربين لاجل مرض ديني ودنيوي
الكشاف وغيره ان عمر رضي الله عنه كان اشار بقتلهم وابو بكر باخذ الفداء تقويا لدرجات الاسلام
وروي انهم لما اخذوا الفداء نزلت الاية فدخل عمر رضي الله عنه على رسول الله صلى الله عليه وسلم فاذا هو وابو
بكر يبكيان فساله فقال ابكي على اصحابك في اخذهم الفداء لقد عرض علي عذابهم ادنى من هذه الشجرة
قال وروي انه صلى الله عليه وسلم قال لو نزل من السماء عذاب ما نجى منه الا عمر وسعد ابن معاذ لقوله كان
الاثخان في القتل احب اليه والله اعلم بذلك **قوله** ولو اسلم الاسير وهو في ايدينا لا ينادي به
لانه لا يفيد الا اذا طابت نفسه وهو مامون على اسلامه فيجوز لانه يفيد تخليص مسلم من غير اضرار
لمسلم اخر **قوله** ولا يجوز المن على الاساري وهو ان يطلقهم الى دار الحرب بغير شيء وذكر ان السبب انهما كانا
اذا راى الامام ذلك وبه نقول لما قال مالك واحمد وجه قول الشافعي قوله تعالى فاما منا بعد واما فداء
وقاله صلى الله عليه وسلم من على جماعة من اسرى بدر منهم العاص ابن ابي الربيع على ما ذكره بن اسحق بسنده
وابو داود من طريقه الى عايشة رضي الله عنها لما بعث اهل مكة في فداء اسراهم بعثت زينب
بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم في فداء ابي العاص بمال وبعثت فيه بقلادة كانت خديجة رضي الله عنها
ادخلتها بها على ابي العاص حين بنى عليها فلما راى النبي صلى الله عليه وسلم ذلك رق لها رقة شديدة وقال
لاصحابه ان رايتم ان تطلقوا لها اسيرها وتردوا عليها الذي لها فافعلوا ورواه الحاكم وصححه
وزاد وكان النبي صلى الله عليه وسلم قد اخذ عليه ان يخلي زينب اليه ففعل وذكر ابن اسحق ان من
ذا بيات فكلم رسول الله صلى الله عليه وسلم فمن عليه واخذ عليه ان لا يظاهر عليه احدا وامتدح رسول الله
صلى الله عليه وسلم بابيات ثم قدم مع المشركين في احد فاسر فقال يارسول الله اقلني فقال صلى الله
عليه وسلم لا يمسح عارضيك بلمة بعد ما تقول خدعت محمدا مرتين ثم امر بضرب عنقه وبقي ما ثبت

من صحيح البخاري من قوله صلى الله عليه وسلم في اساري بدر لو كان المطعم بن عدي حيا ثم كلمني في هؤلاء النتنى لتركتهم
له والعجب من قول شارح بهذا لا يثبت المن لان لو لا امتناع الشيء لامتناع غيره يعني فيفيد امتناع المن
وا يخفى على من له ادنى بصر بالكلام ان التركيب اخبار بانه لو كلمه لتركهم وصدقه واجب وهو بان يكون
المن جايز فقد اخبر بانه يطلقهم لو سالهم ايام والاطلاق على ذلك التقدير لا يثبت منه الا وهو جايز
شرعا ولكونه لم يقع لعدم وقوع ما علق عليه لا ينفي جوازه شرعا وهو المطلوب واجاب المصنف بانه
منسوخ بقوله تعالى اقتلوا المشركين من سورة براءة فانها تقتضي عدم جواز المن وهي اخر سورة نزلت
في هذا الشان وقصة بدر كانت سابقة عليها وفد يقال ان ذلك في حق غير الاساري بدليل جواز الاسترقاق
فيه يعلم ان القتل الماموربه حتما في حق غيرهم **قوله** واذا اراد الامام العود ومعه مواش اي من مواشي
اهل الحرب فلم يقدر على نقلها الى دار الاسلام ذبحها ثم احرقها ولا يعقرها كما نقل عن مالك لما فيه من المثلة
بالحيوان ومعقر جعفر بن ابي طالب رضي الله عنه فرسه ربما كان لظنه عدم الفتح في تلك الوقعة حتى ان
يقال المشركون فرسه ولم يتمكن من الذبح تضييقا لحال عدوه بالتشاغل بالقتال او كان قبل نسخ المثلة او علم بها
ولا يتركها لهم وقال الشافعي واحمد يتركها لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن ذبح الشاة الا لماكلة قلنا هذا مذهب
لم يعرف عنه صلى الله عليه وسلم ثم روي من قول ابي بكر نفسه رواه مالك في موطاه عن يحيى ابن سعيد
ان ابا بكر رضي الله عنه بعث جيوشا الى الشام فخرج يتبع يزيد بن ابي سفيان فقال اني اوصيك بعشر
لا تقتلن صبيا ولا امراة ولا كبيرا هرما ولا تقطعن شجرا مثمرا ولا تعقرن شاة ولا بقرة الا لماكلة ولا تحرقن
ولا تخربن عامرا ولا تغرقن ولا تجبن ولا تغلل ثم هو محمول على ما اذا انس الفتح وصيرورة البلاد دار
اسلام وكان ذلك هو المستمر في بعوث ابي بكر وعمر فبما عتباره كان ذلك وقد قلنا بذلك وذكرنا فيما
تقدم انه اذا كان ذلك فلا تحرق ولا يخرب لانه اتلاف مال المسلمين الا ترى الى قوله ولا تحرق وهو
رضي الله عنه قد علم قوله صلى الله عليه وسلم اعز وا ابي ابن صباحا ثم حرق بنى مجرد ذبح الحيوان وانه لغرض
الاكل جايز لانه غرض صحيح ولا غرض اصح من كسر شوكتهم وتغريضهم على الهلكة والموت وانما يحرق لتطلع
منفعته عن الكفر وكتخريب البنيان والتحريق لهذا الغرض الكذم خلاف التحريق قبل الذبح لانه
منهي عنه وفيه احاديث كثيرة منها حديث البخاري عن ابي هريرة رضي الله عنه قال بعثنا رسول الله
صلى الله عليه وسلم في بعث فقال لنا ان وجدتم فلانا وفلانا فاحرقوهما بالنار فلما خرجنا دعا رسول الله
صلى الله عليه وسلم فقال ان وجدتم فلانا وفلانا فاقتلوهما ولا تحرقوهما فانه لا يعذب بها الا الله ورواه البزار
وسماهما هبار ابن الاسود ونافع ابن عبد القيس وطوله البيهقي وذكر ان السبب انهما كانا روعا زينب
بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم حين حرجت الحديث به صلى الله عليه وسلم حتى القت ما في بطنها والقصة مفصلة
عند بن اسحق معروفة لاهل السير وذكر البخاري ايضا تحريق علي رضي الله عنه الزنادقة الذين بلغه ذلك
ابن عباس فقال لو كنت انا لم احرقهم لنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعذبوا بعذاب الله ولعلهم لقوله صلى الله
عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه واخرج البزار في مسنده عن عثمان ابن حيان قال كنت عند ام الدرداء رضي الله
عنها فاخذت برغوثا فالقيت في النار فقالت سمعت ابا الدرداء يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يعذب
بالنار الا رب النار وهذا وتحريق الاسلحة ايضا ولا يحرق ما لا يحرق من الحديد بدين في موضع لا تنفك عليه الكفار
الا بالمنعة عليهم وما في فتاوى الولوالجي تتدرن النساء والصبيان في ارض عامرة اي حربة حتى يموتوا
جوعا كي لا يعودوا حربا علينا لان النساء بهن النسل والصبيان يبلغون فيصيرون حربا علينا فبعيد لانه
قتل بما هو اشد من القتل الذي نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم في النساء والصبيان لما فيه من التعذيب
ثم لم تصر واساري بعد الاستيلاء وقد اوحى الى النبي صلى الله عليه وسلم باساري حبرا حدث ابن اسحق
عن نبيه بن وهب اخي بني عبد الدار ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حين اقبل باساري حزقهم بين اصحابه
وقال استوصوا باساري خيرا فقال ابو عزيز بن مري اخي مصعب ابن عمير ووصل من الانصار باسوني فقال له

شد يديك به فان امه ذات متاع قال وكنت بني رهط من الانصار حين اقبلوا بي من بدر فكانوا اذا قدموا
غدائم وعشائهم حضروني بالخبز واكلوا التمر لوصية رسول الله صلى الله عليه وسلم اياهم بنا ما يقع في يد رجل
منهم كسرة من الخبز الا فتحني بها فاكل فاستحيي فاردها على احدهم فيردها علي ما يمسكها فكيف تجوز ان تقتلوا
جوعا الله الا ان يضطر والى ذلك بسبب عدم الحمل والكثير فيتركوا ضرورة والله اعلم **قوله**
ولم تقسم غنيمة في دار الحرب حتى يخرج الى دار الاسلام وقال ان في لا ابى يوسف اذا انهزم الكفار وعن ابي يوسف
رحمه الله الامر الى ان لا يقسمها حتى يجوزها ذكره الكرخي وعنه ان لم تكن مع الامام حمولة تحمل عليه يقسمها في دار
الحرب واصله ان الملك للغانمين لا يثبت قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وعنده يثبت بالهزيمة ويلزمه ان قسمة
الامام هنا كذلك لانه يفيد ملكا الا ان كان عن اجتهاد فانه اضى القضاء في فصل مجتهد فيه او كان لحاجة فان الحاجة موضع
مستثنى ولهم ان حقيقة مذهبه ان الملك يثبت للغانم بامرين اما بالقسم حيث ما كانت او باختيار الغانم
التملك وليس هو قائلا ان الملك يثبت للغانمين بالهزيمة كما نقلوا عنه وعندنا لا يثبت الا بالقسم في دار الاسلام
فلا يثبت بالاحراز بدار الاسلام ملك لاحد بل يتأكد الحق ولهذا لو اعتق واحد من الغانمين عبدا بعد الاحراز
لا يعتق ولو كان هناك ملك مشترك اعتق بعتق الشريك وجرى فيه ما عرف في عتق الشريك وخرج
الفروع المختلفة على هذا منها لو وطئ بعض الغانمين في دار الحرب واحدة من السبي فولدت فادعاه يثبت
نسبه منه لانه وطئ جارية مشتركة بينه وبين غيره لوجود الهزيمة بالاختيار التملك فبالهزيمة ثبت
اصل حق التملك فان سلمت بالقسمة اخذها والا اخذ وكل من باله قيمة يوم الحمل وعندنا لا يثبت
نسبه وعليه العقر لانه لا يحد لثبوت نسب الملك وتقسم الجارية والولد والعقر بين عامة المسلمين
وكذا الاستيلاد بعد الاحراز بدار الاسلام قبل القسمة عندنا وان تأكد الحق لكن لا ان الاستيلاد يوجب العتق
وهو لا يكون الا بعد قيام الملك في المحل بخلاف استيلاد جارية الابن لان له ولاية التملك فيتملكها بنفي الاستيلاد
وليس له فعل ملك الجارية بدون رأي الامام ثم لو قسمت الغنيمة على الرايات او العرافة فوقعت جارية
بين اهل راية صح استيلاد احدهم لها فانه يصح عتقه لها لانها مشتركة بينه وبين اهل تلك الراية شركة
ملك وعتق احد الشركاء نافذ لكن هذا اذا خلوا حتى تكون الشركة خاصة اما اذا كثروا قليلا لان الشركة
العامة لا تثبت ولاية الاعتاق قال والقليل اذا كانوا ما ية او اقل وقيل ارجحون وفيه اثر اخر قال في
المبسوط والاولى ان لا يوقت ويجعل موكولا الى اجتهاد الامام ومنها جواز البيع من الامام لبعض الغنمة
يجوز عندهم لا عندنا مبني على ذلك ايضا ومنها لو مات بعض الغزاة او قتل في دار الحرب لا يورث
سهمه عندنا ويورث عنده بناء على ان تأكد بالهزيمة حتى صح منه التملك والتأكد يكفي للارث الا ترى
انا نقول انه يورث اذا مات في دار الاسلام قبل القسم للتأكد بالملك لانه لا ملك قبل القسمة وهذا
لان الحق الموكد يورث كحق الرهن والرد بالعيب بخلاف الضعيف كالشفعة وخيار الشرط واستدل
على ضعف الحق قبل الاحراز باباحة تناول الطعام في دار الحرب للضرورة وبعدم ضمان ما تلف من الغنيمة
قبل الاحراز بخلاف ما بعده فكان حقا ضعيفا كحق كل مسلم في بيت المال والشافعي ان يقول
لم يثبت الاول ومنها لو حق المدد في دار الحرب قبل القسم شارك عندنا لا عنده للتأكد وعدمه
فانا ان بت للغزاة بعد الهزيمة حق الملك لا حق التملك ولهذا لو اسلم الاسير قبل الاحراز
بدار الاسلام لا يعتق ولذا ارباب الاموال اذا اسلموا بعد اخذها قبل الاحراز لا يملكون سيأتيها
بل هم من جملة الغزاة في القسمة وفي الاستحقاق بسبب الشركة في الاحراز بدار الاسلام بمنزلة
المدد ذكره في الزيادة ومعناه اذا لم يوجدوا فان اسلامهم بعد الاحراز لا يزيل عنهم الرق فلا يستحقون
في الغنيمة كالمدد وفي التحفة لو تلف واحد من الغزاة شيأ من الغنيمة لا يضمن عندنا قال وبعد
الاحراز بدار الاسلام يأكل حق الملك ويستقر ولهذا قالوا لو مات واحد من الغزاة يورث نصيبه
ولو باع الامام جاز ولو لحقهم المدد يشاركون ويضمن المتلف وهذا المذكور في التحفة مأخوذ مما في المبسوط

حيث قال فاما عندنا فالحق يثبت بنفس الاخذ ويتأكد بالاحراز وبالقسمة لكن الشفعة يثبت
بالبيع ويتأكد بالطلب ويتم بالملك بالاخذ وما دام الحق ضعيفا لا يجوز القسمة لانه دون الملك الضعيف
في البيع قبل القبض ووجه المصنف قول الشافعي بان سبب الملك يتم بالهزيمة لان لها تحقق الاستيلاء
على مال مباح فيملكه هذا لانه ليس معنى الاستيلاء على مال مباح الا بسبق اليد اليه على وجه الظهور والاستيلاء
كما في الصيد والحطب ولانه صلى الله عليه وسلم قسم غنائم حنين وبني المصطلق واوطاس في ديارهم ولنا منع
ان السبب تم فان تمامه بثبوت اليد الناقلة اي قدرة النقل والصرف كيف شاء نقلا واوغارا
وهذا منتف عنه ما دام في دار الحرب لان الظهور عليهم والاستنقاذ منهم ليس ببعيد الا ترى ان الدار
مضافة اليهم فدل انه مقهور ما دام فيها ثم من العقود ما لو ان له ان يتركها دار حرب وينصرف غانما فكان
قاهرا من وجه مقهورا من وجه فكان استيلاء من وجه دون وجه فلم يتم سبب ملك المباح فلم يملك والقسمة
القسمة لانها بيع معنى فان البيع مبادلة وفي القسمة ذلك فان كل شريك لما اجتمع نصيبه في العين
كان ذلك عوضا عن نصيبه في الباقي بخلاف ما اذا خرج العبد من اهلها حيث ينقلب بوصوله الى عسكر
المسلمين وان كان في دار الحرب وكذا المرأة والمراغمة تبين بذلك فانه بالنص لقوله صلى الله عليه وسلم
في عبيد الطائف هم عتقاء الله وان ذلك بيد الى نفسه ويكفي فيه امتناعه ظاهرا في الحال وقال تعالى
يا ايها الذين امنوا اذا جاءكم المومنات مهاجرات الى قوله فلا ترجعوهن الى الكفار الآية وقسمة
النبي صلى الله عليه وسلم غنائم حنين كان بعد منصرفه الى الجعرانة وكانت اولا حدود الاسلام ان مكة
فتحت وارض حنين وبني المصطلق بعد فتح مكة واجرا احكام الاسلام فيها وهذا الان دار الحرب
تصير دار اسلام باجرا الاحكام وثبوت الامن للمقيم من المسلمين فيها وكونها متاخمة لدار الاسلام
على قوله وعلى قولهما بالاول فقط وانت اذا علمت ان الخلاف ليس كما قيل بل الاتفاق على ان الملك
لا يثبت قبل القسمة بمجرد الهزيمة بل في ان القسمة هل توجب الملك في دار الحرب امكنك ان تجعل الدليل
من الجانبين على ذلك وتقرير له للشافعي انه لا مانع من صحتها في دار الحرب لتمام الاستيلاء فاذا اتصل به
القسم ملك ولنا منع تمام السبب فلا تفيد القسمة الملك الا عند تمامه وهو في دار الاسلام واعلم ان
القسمة انما لا تصح اذا قسم بلا اجراء واجتهد فوقع على عدم صحتها قبل الاحراز اما اذا قسم في دار
الحرب مجتهدا فلا شك في الجواز وثبوت الاحكام واما الحديث الذي ذكره وهو انه صلى الله عليه وسلم
نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب فغريب جدا ثم ذكر المصنف خلافا في عدم جواز القسمة قبل الاحراز
اوفي كراهتها فقيل المراد عدم جواز القسمة حتى لا تثبت الاحكام من حل الوطي ونفاذ البيع وغيره
وقيل الكراهة لا بطلان القسمة لانهم اذا اشتغلوا بها يتكاسلون في امر الحرب وربما يفرقون
فربما يكرهم العدو على بعضهم فكان المنع لمعنى في غير المنهي عنه فلا يعدم الجواز ثم قال المصنف هي كراهة
تنزيه عند محمد فالافضل ان لا يقسم في دار الحرب لانه صلى الله عليه وسلم ما قسم الا في دار الاسلام
والافعال المتفقة في الاوقات المختلفة لا تكون الا لداع هي كراهة فلانه او بطلانه والكراهة
اذ يفي فيحمل عليه للتيقن به قيل ونقل الخلاف هكذا وان كان في المبسوط غير جيد لانه يصرف خلاف
عنهم الامالي وفي عن ابي يوسف وهذا لان المسايل الافراديه الموضوعة مصرحة بعدم صحة القسمة
قبل الاحراز مثل ما سيأتي ان من مات من الغانمين لا يورث حقه من الغنيمة وانه لا يباع من ذلك
العلف وبحو شيء ومنها عدم جواز التنفيل بعد الاحراز قبله ومشاركة المدد اللاحق قبل الاحراز
ثم وجه الكراهة بقوله لان دليل البطلان اي بطلان القسمة قبل الاحراز راجح على دليل جوازها
الا انه تقاعد عن سلب الجواز لانه لما لم يثبت سلب الجواز بالاتفاق لم يبطل المرجوح واذا لم يبطل
حصل من معارضة الدليلين الراجح والمرجوح الكراهة كما في سؤر الحمرة لما انتفت النجاسة لم تنتف
الكراهة وهذا الكلام ينبو عن القواعد فان الاجماع على وجوب العمل بالراجح من الدليلين وترك المرجوح

وان كان الراجح دليل البطلان فعين الحكم بالبطلان عند المجتهد الذي ترجح عنده وكون له مخالف واجماع
لا يوجب بل لا يجوز لذلك المجتهد النزول عن معتقده والا فكل خلافية من المسايل لذلك واذا التزم حكم البطلان
فاما وجب اثبات الكراهة والتحقيق في سور الهرة ان الكراهة تنزيهية لعدم تحاميها النجاسة لان دليل
الحرمة اللحم الموجب لنجاسة السؤر وعارضه شدة المخالطة ورجح عليه فانتفت النجاسة والكراهة
حكم شرعي يحتاج خصوصية لمحله دليل وشدة المخالطة دليل الطهارة فقط فتبقى الكراهة لا دليل وهذا
اذا لم يكن للمسلين حاجة اما اذا تحققت لهم في دار الحرب بالثياب والمتاع ونحوها فتسقط في دار الحرب
بالتميز واحد منهم على اخر بيقين وهذا بلا خلاف لاستوا الكل في سبب الاستحقاق وسنبين سببه
فيما يأتي ان شاء الله تعالى **قوله** واذا لحقهم المدد في دار الحرب قبل ان يحرزوا الغنيمة الى دار الاسلام
شاركوهم ايا المدد فيها ومن ان فيه قرآن وما ذكرناه تبعا على ما عهدناه من اذ الملك لا يتم للغانمين
قبل احرازه الغنيمة بدار الاسلام فجاز ان يشاركهم المدد اذا قام بدليل ولا ينقطع حق المدد
الا بثلاثة امور الاحراز بدار الاسلام والقسمة بدار الحرب وبيع الامام الغنيمة قبل لحاق المدد
هذا وعلى ما حققناه المبني تاكد الحق وعدمه وما استدل به ان فيه من صحيح البخاري عن ابي
هريرة رضي الله عنه بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم ابان على سرية قبل نجد فقدم ابان واصحابه
على رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر بعد ما افتتحها فقال ان قال فلم يقسم لهم ولا دليل فيه لان وصول المدد
الى دار الاسلام لا توجب شركه وخيبر صارت دار اسلام بمجرد فتحها فكان قدومهم والغنيمة في
دار الاسلام واما اسمه لابن موسى الاشعري على ما في الصحيحين عنه قال بلغنا مخرج رسول الله
صلى الله عليه وسلم ونحن باليمن فخرجنا مهاجرين اليه انا واخوان لي انا اصغرهم احدهما ابو بردة
والاخر ابو رهم في بضع وخمسين رجلا من قومي فركبنا سفينة فالقتنا على النجاشي فوافقنا جعفر
ابن ابي طالب واصحابه عنده فقال جعفر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعثنا هاهنا وامرنا بالاقامة
فاقيموا معنا فاقمنا حتى قدمنا موافقين رسول الله صلى الله عليه وسلم حين افتتح خيبر فاسهم لنا او لم يسهم
لاحد غاب عن فتح خيبر الا اصحاب سفينتنا مع جعفر فقال ابن حيان انا اعطاهم من خمس الخمس ليستميل
قلوبهم من الغنيمة وهو حسن الا ترى انه لم يعط غيرهم ممن لم يشهد ثم وحمل بعضهم انه فيء على انهم
شهد وا قبل حوز الغنايم خلاف مذهبهم فانه لا فرق عندهم في عدم الاستحقاق بين كون الوصول
قبل الحوز او بعده بعد كونه بعد الفتح **قوله** ولا حق لاهل سوق العسكر اي في الغنيمة لانهم وان خ
لهم واستدل الشافعي بما روي عنه صلى الله عليه وسلم انه قال الغنيمة لمن شهد الوقعة والصحيح انه
موقوف على عمر كما ذكره المصنف ذكره ابن ابي شيبة في مصنفه حدثنا وكيع انبانا شعبة عن قيس ابن
مسلم عن طارق ابن شهاب ان اهل البصرة عزوها وبذ فامدهم اهل الكوفة وعليهم عمار ابن ياسر رضي الله
عنه فظهروا فاراد اهل البصرة ان لا يقسموا لاهل الكوفة فقال رجل من بني تميم ايها العبد الاجذع
تريد ان تشاركنا في غنايمنا وكانت اذنه جدعت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال خيرا في بيب
ثم كتب الى عمر فكتب عمر ان الغنيمة لمن شهد الوقعة ورواه الطبراني والبيهقي وقال وهو صحيح من قول
عمر واخرج ابن عدي عن علي الغنيمة لمن شهد الوقعة وهذا قول صحابي وهو حجة يرى جواز تقليد المجتهد
اياه وكذا عند الكرخي من مشايخنا وعلى قول الاخرين تاويله ان يشهد على قصد القتال والوقعة هي القتال
وهو معنى قول صاحب المحمل الواقعة صدمة الحرب وشهوده على قصد القتال انما يعرف باحد امرين
باظهار رحزوجه للجهاد والتجهيز له لا لغيره ثم المحافظة على ذلك القصد الظاهر وهذا هو السبب الظاهر الذي
يبني عليه الحكم واما تخفيفه قتاله بان كان حزوجه ظاهر الغيره كالسوقي وساير الاوباش فان حزوجه

ظاهر الغيره فلا يستحق لمجرد شهوده اذ لا دليل على قصد القتال فاذا قاتل ظهر انه قصد غير ما
من اليه شيا اخر كالتجارة في الحج لا ينقص به ثواب حجه وعلى كون السبب ما قلنا فرع ما لو اسر في دار
الحرب فاصابوا بعده غنيمة ثم انفلت فلحق بالجيش قبل ان يحرزوا شاركهم فيها وفي كل ما يصيبونه
وان لم يلقوا قتالا بعده ولو لحق بعسكر غير الذي خرج معهم وقد اصابوا غنايم يشاركهم الا ان
يلقوا قتالا فيقاتل معهم لانه ما انعقد له سبب الاستحقاق معهم وانما كان قصده من اللحوق
بهم العار فلا يستحق الا ان قاتلوا فيقاتل معهم لانه حينئذ تبين انه قصد بالالحاق بهم القتال
وكذا من اسلم في دار الحرب ولحق بالعسكر والمرتد اذا تاب ولحق بالعسكر والتاجر الذي دخل بامان
اذا لحق بالعسكر ان قاتلوا استحقوا والا فلا حتى لم **قوله** واذا لم يكن للامام حمولة بنتخ الخ
يحمل عليه من بعير وفرس وغيره يقسم بينهم فتقبل قسمة الغنيمة في دار الحرب للحاجة فتكون
هذه القسمة بلا اجزاء فيصح وقيل قسمة ايداع الى دار الاسلام ويستردها ويقسمها ثم على هذا يكون
بالاجرة وهل يكرههم على ذلك في السير الصغير يكرههم لانه انتفى بمال الغير لا بطيب من نفسه فهو كمن
تلفت دابته في دار الاسلام وسع رفيقه دابة ليس له ان يحمل عليها كراها باجر المثل وقوله لانه
ابتدا اجارة اي من كل وجه احترازا عن مثل ما اذا انفسخت من اجارة السفينة في وسط البحر
او البعير في البرية فانه ينعقد بينهما اجارة باجرة المثل خيرا وفي السير الكبير يكرههم لانه دفع
الضرر العام بالضرر الخاص ولان منفعته راجعة اليهم والاوجه انه ان خاف
تفرقهم لو قسم قسمة الغنيمة فعل هذا وان لم يخف قسم قسمة الغنيمة في دار الحرب فانه يصح
للحاجة وفيه اسقاط الاكراه واستقاط الاجرة وقوله في المختصر اي القدوري **قوله** ولا يجوز
بيع الغنايم في دار الحرب لعدم الملك وهو المراد بقوله وقد بينا الاصل فيه وهذا لبيع الغزاة
ظاهر واما بيع الامام لها فذكر الطحاوي انه يصح لانه مجتهد فيه بمعنى انه لا بد ان يكون الامام راى
المصلحة في ذلك واقله تخفيف اكراه الحمل عن الناس او عن البهايم ونحو وتخفيف مونته عنهم فيقع
موقعا وفي المصلحة ولا تتبع جزافا فينعقد للاكراهة مطلقا **قوله** ومن مات من الغانمين
تقدم تقريره على عدم الملك قبل دار الاسلام وهو المراد بقوله وقد بيناه **قوله** ولا باس بان
علف العسكر في دار الحرب ويأكلوا ما وجدوه من الطعام علف الدابة علفا من باب ضرب
ضربا منهي مصدره والعلف والعلف ما اعتلفه وحاصل ما هنا ان الموجود اما ما يوكل او لا وما يوكل
اما يتداوى به كالعليق او لا فالثاني ليس لهم استعماله الا ما كان من السلاح والكراع كالفرس فيجوز
بشرط الحاجة بان مات فرسه او انكسر سيفه اما اذا اراد ان يبيع فرسه ويشتري فرسا باستعمال ذلك
فلا يجوز ولو فعل لزمه ضمان عليه لو تلف بخلاف الحطب المخوت كان الاستحقاق على
الشركة فلا يختص بعضهم ببعض المستحق على وجه يكون اثر الملك فضلا عن الاستحقاق على حالة
الضرورة فانها سبب الرخصة فيستعمله ثم يرده على الغنيمة اذا انتفى الحرب ولذا الثوب
اذا ضره البرد يستعمله ثم يرده اذا استغنى عنه ولو تلف قبل الرد لا ضمان عليه ولو احتاج الكل الى
الثياب والسلاح قسمها حينئذ ولا يذكر محمد قسمة السلاح ولا فرق كما ذكر المصنف لان الحاجة
في السلاح والثياب واحد بخلاف السبي لا يقسم اذا احتيج اليه لانه من فضول الحوايج لا من اصولها
فيستصحبهم الى دار الاسلام شاء فان لم يطيقوا وليس معه فضل حمولة قتل الرجال وترك
النساء والصبيان وهل يكره من عنده فضل حمولة على الحمل يعني باجر فيه روايتان فقدمنا
واما ما يتداوى به فليس لاحد تناوله وكذا الطيب والادهان التي تؤكل كدهن البنفسج لانه
ليس في محل الحاجة بل التفضل وقال على الله عليه وسلم ردوا الخيط والمخيط وما شك انه لو تحقق
باحدهم مرض يحوجه الى استعمالها كان له ذلك كلبس الثوب فالمعتبر حقيقة الحاجة واما ما يوكل

والسواري سواء كان مهيأ للاكل كاللحم المطبوخ والخبز والزيت والعسل والسكر والفاكهة اليابسة والرطبة
والبصل والتمر والتبن والادهان المأكولة كالزيت والسمن فلهم الاكل والادهان بتلك الادهان انتفاع
في البدن كالاكل وبو نحو الدواب بأن توضع الدابة تطيب حافرها بالدهن اذا خيف من كثرة المشي والراي
ترجيح خلافا لما في المغرب لكن الاصح جوازه ونقل عن المصنف بالراء من الترجيح وهو الاصلاح قال هكذا قرأنا
على المشايخ وفي الجمهرة رجح عيشه ترجيحا اذا اصلحه انتهى • يترك ما رجح من عيشه • يعيث فيه هيج هائج
والهيج من الناس الذين لا نظام لهم فالترجيح اعم من التوضيح وكذا كل ما يكون مهيأ كالخبز والبقر فلهم ذبحها واكلها
ويرد دون الجلد لما الغنيمة ثم شرط في السير الصغير الحاجة لما التناول من ذلك وهو القياس ولم يشترطها
في السير الكبير وهو الاستحسان وبه قالت الائمة الثلاثة فيجوز لكل من الغني والفقير تناوله
الا التاجر والداخل لخدمة الجندي بأجر لا يحل لهم ولو فعلوا اضمان عليهم وما خذ ما يكفيه هو ومن معه
من عبيده ونسائه وصبيانهم الذين دخلوا معه وينبغي ان يأخذ ما يكفي الداخل لخدمته لعبده لان نفقته
عليه عاده فصار الحاصل منع الداخل بنفسه دون الغازي ان يأخذ لاجله ولان دليل الحاجة قائم
وهو كونه في دار الحرب منقطعا عن الاسباب فيد ار الحكم عليه بخلاف نحو السلاح والثياب بناط
بحقيقة الحاجة والحديث الذي ذكر المصنف من قوله صلى الله عليه وسلم في طعام خيبر كلوها واعلفوها
ولا تحملوا رواه البيهقي انبانا علي بن محمد بن بشر انبانا ابو جعفر الرازي انبانا احمد بن حنبل انبانا
الواقدي عن عبد الرحمن بن الغسيل عن العباس بن عبد الرحمن الانجعي عن ابيه سفيان عن عبد الله بن
عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خيبر كلوا واعلفوا ولا تحملوا واخرجه الواقدي في مغازيه
بغير هذا السند وهذا الاطلاق يوافق رواية السير الكبير واخرج ابو داود عن عبد الله ابن ابي
اوفى اصبنا طعاما يوم خيبر فكان الرجل يجيء فيأخذ منه مقدار ما يكفيه ثم ينصرف واخرج البيهقي
عن هانئ بن كلثوم ان صاحب جيش الشام كتب الى عمر رضي الله عنه انا فتحنا ارضا كثيرة الطعام والعلف
فكرهت ان اتقدم لشيء من ذلك الا ما امرك فكتب اليه دع يأكلون ويعلفون فمن باع شيأ يذهب ثمنه
فيه خمس وسهام المسلمين وهذا دليل ما ذكرنا في الكتاب من قوله ولا يجوز ان يبيعوا من ذلك شيأ
ولا يتموله وان باعوا رد الثمن الى الغنيمة لانه عوض عين مشتركة بين الغانمين استحقاقا
قوله ومن اسلم منهم هنا اربع مسائل احداها اسلم الحربي في دار الحرب ولم يخرج الينا حتى ظهر على الدار
والحكم فيها ما ذكر في الكتاب من انه احرز نفسه وولده الصغار وما كان في يده من المنقولات الى اخر
ما سنذكر ثانيها اسلم في دار الحرب ثم خرج الينا ثم ظهر على الدار فجميع ماله حتى هنا لك في الا اولاده
الصغار لانه حين اسلم كان مستتبعا لهم فصاروا مسلمين فلا يرد الرق عليهم ابدا بخلاف غيرهم
لانقطاع يده عنه بالتباين فيغنم ما اودع مسلما او دينا ليس فيها لان يدها يد صحيحة على ذلك
المال فيدفع احراز المسلم فترد عليه وما اودع حربيا فهو في ظاهر الرواية فيء وعن ابي حنيفة انه له
لان يده تخلف يده وجه الظاهر انها ليست يدا صحيحة حتى لا يندفع اغتنام المسلمين عن اموالهم
ثالثها مسلم اسلم في دار الاسلام ثم ظهرنا على داره فجميع ما خلفه فيء من الاولاد الصغار والمال
في يد كان تبايين الدارين قاطع للعصمة فبانا ظهرنا ثبت الاستيلاء على مال غير معصوم اما في غير
الاولاد فظاهر واما فيهم فلانهم لم يصيروا مسلمين باسلامه لانقطاع التبعية بتباين الدارين
فكانوا من جملة الاموال رأسا دخل المسلم او الذمي دار الحرب بامان واشتري منهم اموالا
واولادا ثم ظهرنا على الدار فلا سبيل له الا الدور والارضين فانها فيء لان يده صحيحة لانه سلم
فتكون يد محرزة دافعة لاحراز المسلمين اياها فاما الارضون فلوجوه فيها ما سنذكر ومن
قاتل من عبيده فيء وامرأته الحربية ومأذونه بطرا فيء وودائعه ولو عند حربي له لانه
ما دام في دار الحرب فيده على ما كانت الى مسئلة الكتاب قال تعالى ومن اسلم منهم الى اخره

قال

قال المصنف معناه في دار الحرب فندبه احترازا عما لو اسلم مستأمن في دار الاسلام ثم ظهر على
الدار فان جميع ما خلفه فيء على ما ذكرناه وهو بعيد ذلك اعم من كونه خرج الينا او لم يخرج الينا والحكم
المذكور يخص ما اذا لم يخرج حتى ظهر على الدار لما سمعته انفا من ان الذي خرج فظهر على الدار
وهو عندنا لا يحرز غير نفسه فلا بد من تقييده بما لي من كونه في دار الحرب وكونه لم يخرج حتى ظهر
على الدار وحينئذ يجوز بحرز نفسه واولاده الصغار لانهم مسلمون تبعا وكل مال بالنصب عطفا
على نفسه من نقد وعبيد واما ما يقاتلوا العقوله صلى الله عليه وسلم من اسلم على مال فهو له قال محمد
حدثنا الثقة حدثنا ابن لهيعة قال حدثنا ابو الاسود عن عروة ابن الزبير ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم قال من اسلم على شيء فهو له واحسن من هذا السند سندا سعيد بن منصور حدثنا عبد الله
ابن المبارك عن حيوة ابن شريح عن محمد ابن عبد الرحمن بن نوفل عن عروة ابن الزبير قال قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم الحديث وهذا مرسل صحيح وروى ابو داود عن ابان ابن ابي حازم عن عثمان
ابن ابي حازم عن ابيه عن جده صخر بن العيلة انه صلى الله عليه وسلم غزا ثقيفا فساقه الى ان قال
فدعاه اي دعا صلى الله عليه وسلم صخرا فقال له ان القوم اذا اسلموا احرزوا دماءهم واموالهم
ثم ساقه الى ان قال وسألني بنو الله ماء البني سليم فانزله اياه واسلم يعني المسلمين وساقه
الى ان قال فقالوا يا رسول الله اسلمنا وانتنا صخرا اليدفع الينا ماءنا فأبى فدعاه فقال يا صخر
ان القوم اذا اسلموا احرزوا دماءهم واموالهم فادفع الى القوم ماءهم وابان هذا مختلف في توثيقه
وتضعيفه وصخر ابن العيلة بعين مهملة مفتوحة ثم تحتية ساكنة ثم لام ثم تاء تأنيث وقيل ابن ابي العيلة
وانه سبقت يده الحقيقية اليه يد الظاهر من عليه وقوله او وديعة او دعا في يد مسلم
او ذمي لانه في يد صحيحة محترمة بنصب وديعة وبدله اي يد المودع بكسره فان ظهرنا على الدار
فعقاره فيء وما له من زرع قبل ان يحصد لانه تبع للارض وقال ان فيء لقوله لانه في يده
محكوما لمنقول ولم يذكروا خلافا في شرح الجامع الصغير ونقل المصنف عن بعضهم نقل الخلاف
فقال وقيل هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف الاخر وفي قول محمد وهو قول ابي يوسف الاول
هو كغيره من الاموال بناء على ان اليد لا تثبت حقيقة على العقار وعندهما وعند محمد تثبت وحكاه شمس
الائمة على خلاف هذا فقال فاما عقاره لا يصير غنيمة في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
استحسن فاجعل عقاره له لانه سلك محترم له كالمنقول انتهى وحكى غيره ان عندهما لا يصير فيأ
وعند ابي حنيفة هو فيء ووجهه ما ذكر المصنف بقوله ولنا ان العقار في يد اهل الدار
وسلطانها اذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة بل حكما ودار الحرب ليست دار
احكام فكانت يده غير معتبرة قبل ظهور المسلمين على الدار وبعد ظهورهم يد من اقوى من يد
السلطان واهل الدار لانا جعلنا سترعا سالبة لما في ايديهم وظاهر ما ذكرناه من حديث
ابان يشهد لكونه غنيمة فيء فانه قال لصخر حين سألهم ماءهم ان القوم اذا اسلموا احرزوا
اموالهم فسماه مالا والمراد من المال الارض التي فيها الماء لانه لم يتناول الماء بخصوصه الا ترى الى
قوله انزلني فانزله اياه والاستدلال بقوله صلى الله عليه وسلم فاذا قالوا لا عصموا مني دماءهم
واموالهم بناء على تسمية ما لا في ذلك الحديث لكن قد ضعف ابان جماعة مع احتمال انه اراد
حقيقة الماء ونزول الارض لاجله قال وزوجته فيء لانها كافرة حربية لا تتبعه في الاسلام
وكذا اهله في دار الحرب باسلامه تبعا لخبر الاربعين دينا خلافا للشافعي هو يقول انه سلم المنقول
ولنا انه جزء فيتبرق برقها والمسلم محل للملك تبعا لغيره كما لو تزوج امة العير يكون اولاده
مسلمين ارقاء بخلاف المنفصل لانعدام الحربية في اولاده الكبار فيء لانهم كفار حربيون
لا يتبعونه في الاسلام وبخلاف في هذا ومن قاتل من عبيده فهو فيء خلافا للائمة الثلاثة

والظاهر معهم لانه لم يخرج عن كونه ماله ولاصحابنا انه لما قاتل والعرض ان سيده مسلم فقد تمرد
على مولاه فخرج عن يده فصار تبعا لاهل دارهم فنقضت شبهته بالمالية لها مولاه لان كل معنى
ماليته بالملك واليد وعن هذا قلنا ما كان من ماله في يد حربي غصبا فهو في لا رتفاع يده عن
بالغصب واليد التي خلفت ليست صحيحة والمحترمة لان الحربي الغاصب ملكه بالغصب
لان دار الحرب دار القهر والغلبة قاله الفقيه ابو الليث وكذا اذا كان وديعة عند حربي عند
خلافا للائمة الثلاثة لاطلاق الحديث ولابي يوسف ومحمد في فصل الوديعة لان يد المودع
كيد ولو كانت في يده حقيقة لا تكون فيأ فكذا اذا كانت في يده حكما بخلاف الغصب لانه ليس
في يده حقيقة ولا حكما ولابي حنيفة ان يد الحربي ليست محترمة الا ترى انها لا ترفع يد الغانمين
عن ماله فلا يدفع يدهم عن مال غيره واورد ان يد المودع الحربي لما قامت مقام يده وجب ان يعمل عمل الاصل
وهو يد المسلم اجيب كما ان التراب لما كان خلفا عن الماء عمل بصفة الماء فرفع الحدث فيكون المال
معصوما لعصمة صاحبه اجيب بجوابين احدهما ان المال في الاصل غير معصوم بل على الاباحة وانما
ينعدم بتبعا لعصمة مالكه وتبعيته له في العصمة انما تثبت اذا ثبتت يد المالك المعصوم حقيقة
او حكما مع الاحترام ولا سما مستف هنا وهذا مما قد يمنع فيه عدم الاحترام بل يد الحكمية محترمة
وغير المحترمة انما هي يد الحربي الحقيقية الثاني ان قيام يد المودع حقيقي وهو الحربي وقيام يد
المودع المسلم حكمي فاعتبار الحكم ان اوجب العصمة فالحقيقي يمنعها والعصمة لم تكن ثابتة فلا تثبت
بالشك ويرد على هذا منع انها لم تكن ثابتة بل كانت معلومة الثبوت من حين اسلم للاجماع على
ثبوت ملكه حال كونه في يد الحربي والمفي يوجب بقاء ملكه بالاسلام واما ما كان غصبا
في يد مسلم او ذمي فقال المصنف هو في قول ابي حنيفة خلافا لهما وقال هذا ذكر الاختلاف في السير
الكبير وذكر وابي شروح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع ابي حنيفة وفي بعض النسخ وقالا لا يكون
فيأ بل ان قال وذكر في شرح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع محمد ثلاثة ان هذا تكرار لا معنى له
ثم قال في الغاية انه يتبع النسخ والصحيح ثم ان يقال وما كان غصبا في يد مسلم او ذمي فهو في عند
ابي حنيفة وقال محمد لا يكون فيأ كان رواية السير الكبير على ما ذكر الامام شمس الائمة هكذا وكذا
في المحيط ولم يذكر فيه قول ابي يوسف مع محمد كان محرز الاسلام قال في الجامع ولو كان وديعة عند
حربي او غصبا عند مسلم او ذمي ضائعا فهو في وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد
لا يكون فيأ وكذا ذكر في الجامع الصغير لقاضي خان والتمرتاشي وغيرهما لما تابع للنفس وقد صارت
معصومة بالاسلام فتبعها ماله وله انه مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة
بالاسلام بل بعد بسبب اندفاع شره به فانما هو محرم التعرض في الاصل لكونه تكلفا حمل
الامانة واباحة التعرض كان لعارض شره فلما اندفع بالاسلام عاد الاصل بخلاف المال فانه
خلق عرضة للامتهان فكان محلا للتملك في الاصل وليست في يده في حال الغصب لا حقيقة
ولا حكما فليس في يد احد فلم تثبت العصمة فكان مباحا بخلاف ما لو كان في يد المسلم او الذمي
ووديعة فانه في يد مالكه حكما لاحترام فلم يكن فيأ وما تقدم من ان الملك يبقى في دار الحرب
بالقهر والغلبة كما ذكره ابو الليث يقتضي ان يزول ملكه عن المسلم الذي غصب وحينئذ لا يكون مباحا
اللهم الا ان يقتصر على تقصان الملك بسبب زوال اليد وقوله وليست في يده حكما اتى على تاويل
الاموال **فرع** اسر العبد وعبدا من اسلموا فهو له لانه مال اسلموا عليه ولو كان ذلك
العبد جنى جناية او اتلف شيئا يلزمه قيمته بطلت الجناية ولزم الدين لان حق ولي الجناية
في رقبته ولا يبقى بعد زوال ملك المولى الا ترى انه لو زال ملكه بالبيع او الهبة لا يبقى فيه
حق ولي الجناية فاما الدين في ذمته فلا يبطل عنه بتبدل الملك وهذا لان الدين شاغل لما يملكه

فانا

فانا ملكه مشغولا به فلو اشتراه وجل منهم او اصابه المسلمون في غنيمة اي ولم يسلم مولاه فاخذه
المولى بالقيمة او الثمن فان الجناية لا تبطل عنه لانه يعيده الى قديم ملكه وحق ولي الجناية
كان ثابتا في قديم ملكه ولو كانت الجناية قتل عمد لم تبطل عنه بحال **قوله** واذا خرج
المسلمون من دار الحرب لم يجز ان يعلفوا من الغنيمة ولا يأكلوا منها لان الضرورة اندفعت والاباحة
التي كانت في دار الحرب انما كانت باعتبارها ولان الحق قد تاكد حتى يورث نصيبه ولا كذلك
قبل الاحراز ومن فضل معه طعام او علف يرده الى الغنيمة معناه اذا لم يكن قسم الغنيمة في
دار الحرب بشرطه ولو انتفع به قبل قسمتها بعد الاحراز برده قيمته وهو قول مالك واحمد
والشافعي في قول معناه انه لا يرده اعتبارا بالمتلصص وهو الواحد الداخل في الاشان الى دار
الحرب اذا اخذ شيئا فاخرجه يختص به فلما ما تعلق به حق الغانمين والاختصاص كان للحاجة
وقد زالت بخلاف المتلصص لانه دايما احق قبل الاخراج وبعده واما بعد القسمة فيتصدقون
بعينه ان كان قائما وبقيمته وان كانوا باعوه هذا ان كانوا اغنياء وانتفعوا به ان كانوا محاويج
لانه صار في حكم اللقطة لتعذر الرد على الغانمين لتفرقهم وان كانوا انتفعوا فيه فلا شيء عليهم وعلى
هذا قيمة ما انتفع به بعد الاحراز يتصدق بها الغني لا الفقير **فصل في كيفية**
القسمة قيل لما بين احكام الغنيمة شرع ببيان قسمتها ولا يخفى ان من احكام الغنيمة وجوب
قسمتها وانما اعاده بفصل على حدته للكثرة مباحثه وشعبه بالنسبة الى غيره من الاحكام والقسمة
جعل النصيب الشايع محلا معينا **قوله** ويقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها اي عن القسمة
بين الغانمين ويقسم الاربعة الاخماس بين الغانمين هذا قول العدوري وقال المصنف لقوله
تعالى فان لله خمسه استثنى الخمس اي الله تعالى اخرج الخمس من ان يثبت حق الغانمين فيه
فكان استثناء معنى للاخراج وهو من استثنيت الشيء اي زديته لنفي فهذا يرجع الى قوله
الله تعالى لا قسمة الامام بل الخمس داخل في قسمة اذا حصل بيان قسمتها هو ان يعطى خمسها لليتامى
والمساكين وابناء السبيل على ما سياتي ويعطى الاربعة الاخماس الغانمين فعند ابي حنيفة ورفر
للفارس سهمان وللراجل سهم وعندهما وهو قول مالك والشافعي واحمد واكثر اهل العلم للفارس
ثلاثة اسهم وللراجل سهم لهم ما روي عن ابن عمر انه صلى الله عليه وسلم جعل للفرس سهمين واصله
سهما لفظ البخاري واخرجه الستة الا النسائي وفي مسلم عنه قسم في النفل للفرس سهمان
وللراجل سهم وفي رواية باسقاط لفظ النفل وفي رواية اسهم للرجل ولفرسه ثلاثة اسهم
له وسهمان لفرسه وهذه الالفاظ كلها تبطل قول من اول من الشراح كون المراد من الرجال
الرجاله ومن الخيل الفرسان بل في بعض الالفاظ الفايلة قسم خيبر على ثمانية عشر سهما وكان
الرجاله الفا واربعمائة والخيل مايتين وعن ابن عباس مثله وان الاستحقاق بالغنا وهو بالحمد
والفتح الاجزاء والكفاية وعنا الفارس الكرار بالحملة على الاعداء والفر الكرار للكرة او النجاة
في موضع يجوز الفرار وهو ما اذا علم انه مقتول ان لم يفر كيلا يرتكب المنهي عنه في قوله تعالى
ولا تلقوا بايديكم الى التهلكة والثبات وليس للراجل الا الثبات فانغنى في ثلاثة امور الراجل
في واحد منها واستدل المصنف لابي حنيفة بحديث ابن عباس انه صلى الله عليه وسلم اعطى الفارس
سهمين والراجل سهما وهو غريب من حديث ابن عباس بل الذي رواه اسحق بن راهوية
في مسنده قال حدثنا محمد ابن الفضل بن غزوان حدثنا الحجاج على ابي صالح عن ابن عباس
قال اسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم للفارس ثلاثة اسهم وللراجل سهما واخرجه ايضا من طريق
بن ابي ليلى عن الحكم عن ابن عباس وعن عباس نحوه في حديث الخمس براويه غير واحد
من الائمة قلت في هذه الاحاديث نظر ما في ابي داود عن مجمع بن يعقوب بن مجمع بن يزيد الانصاري

قال سمعت ابي يذكر عن عمه عبد الرحمن بن يزيد الانصاري عن عمه مجمع بن جارية الانصاري وكان احد القراء الذين قرأوا القرآن قال شهدنا الحديبية مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما انصرفنا عنها اذا ان الناس يهزون الاباعر فقال بعض الناس لبعض مالناس قالوا اوحي الله الى رسوله صلى الله عليه وسلم فخرجنا مع الناس نوجف فوجدنا النبي صلى الله عليه وسلم واقفا على راحلته عند كراع النميم فلما اجتمع عليه الناس قرأ عليهم انا فتحنا لك فتحا مبينا فقال رجل يا رسول الله افتح هو قال نعم والذي نفس محمد بيده انه لفتح فقسمت خيبر على اهل الحديبية فقسمها رسول الله صلى الله عليه وسلم على ثمانية عشر سهما وكان الجيش الفا وخمسمائة فمن ثم للفارس سهمين وللراجل سهما رواه ابو داود وهذا دليل انما قالوا وامانبي فارس فاعطى الفرس سهمين واعطى صاحبه سهما وقال الشافعي انما قال اعطوا الفرس سهمين واعطى الراجل يعني صاحبه فغلط الراوي عنه واعله ابن القطان بالجهل بحال يعقوب واما ابنه مجمع الراوي عنه فثقة ومما يأتي معجم الطبراني عن المقداد بن عمرو انه كان يوم بدر على فرس يقال له سبحة فاسهم له النبي صلى الله عليه وسلم سهمين لفرسه سهم واحد وله سهم وفي سنده الواقدي واخرج الواقدي ايضا في المغازي عن جعفر ابن خارجة قال قال الزبير ابن العوام شهدت بني قريظة فارسا فضرب لي بسهم وللفرسي بسهم واخرج ابن مردويه في تفسيره حدثنا احمد بن محمد السري حدثنا المنذر بن محمد حدثني ابي حدثنا يحيى بن محمد بن هاني عن محمد ابن اسحق قال حدثنا محمد ابن جعفر ابن الزبير عن عروة عن عايشة قالت اصاب رسول الله صلى الله عليه وسلم سبايا بني المصطلق فاخرج الخمس منها ثم قسمها بين المسلمين فاعطى الفارس سهمين والراجل سهما ومما حديث ابن عمر الذي عارض به المصنف رواه ابن ابي شيبة في مصنفه حدثنا ابو اسامة وابن نمير قال حدثنا عبيد الله عن نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل للفارس سهمين وللراجل سهما انتهى ومن طريقه رواه الدارقطني وقال قال ابو بكر النيسابوري هذا عندي وهم من ابن ابي شيبة لان احمد ابن حنبل وعبد الرحمن ابن بشير وغيرهما رووه عن ابن نمير خلاف هذا وكذا رواه ابن كرامة وغيره عن ابي اسامة خلاف هذا يعني انه اسهم للفارس ثلاثة اسهم ثم اخرجه عن نعيم حدثنا ابن المبارك عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه اسهم للفارس سهمين وللراجل سهما ولا شك ان نعيما ثقة وابن المبارك من اثبت الناس واخرجه ايضا عن يونس ابن عبد الاعلى حدثنا ابن وهب اخبرني عبيد الله ابن عمر عن نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسهم للخيل للفارس سهمين وللراجل سهما قال وتابعه ابن ابي مزيم وخالد ابن عبد الرحمن عن عبد الله ابن عمر العمري ورواه القعنبي عن العمري بالشك في الفارس او الفرس ثم اخرجه عن حجاج بن منهال حدثنا حماد ابن سلمة حدثنا عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم قسم للفارس سهمين وللراجل سهما وخالفه النضر ابن محمد بن حماد وممن روى حديث عبيد الله متعارضا الكدحي لكن رواية السهمين عنه اثبت وروى الدارقطني ايضا في كتابه المؤتلف والمختلف حدثنا عبد الله ابن محمد بن اسحق المروزي ومحمد ابن علي ابن ابي روبة قالا حدثنا احمد ابن الخناد حدثنا يونس بن بكير عن عبد الرحمن بن اسمير عن عمران النبي صلى الله عليه وسلم كان يقسم للفارس سهمين وللراجل سهما واذا ثبت التعارض في حديث ابن عمر بقي فعله صلى الله عليه وسلم مطلقا نظرا الى معارض رواية غير ابن عمر ايضا ترجح النفي بالاصل وهو عدم الوجوب وبالمعنى وهو ان الكر والفر جنسي واحد والثبات جنس فهنا اثنان للفارس وللراجل احدهما فله ضعف ماله ولان الزيادة ليست الا بالزيادة في العناء مؤونة واذا تعذر معرفة الزيادة في القتال حقيقة لان كم من راجل انتع فيه من راجل وفارس من فارس فلا يستنكر زيادة اغناء راجل عن فارس فانما يدار الحكم على سبب ظاهر وللفارس سببان في العناء بنفسه وفرسه

وللراجل نفسه فقط فكان على النصف وقول المصنف واذا تعارضت روايتان نرجح رواية غيره بزيد بن عباس وعلمت ما فيه فان قيل المعارضة الموجبة للترك فرع المساواة وحديث ابن عمر في البخاري فهو اصح قلنا قدمنا غير مرة ان كون الحديث في كتاب البخاري اصح من حديث اخر في غيره ان رجاله رجال الصحيح او رجال روى عنهم البخاري تحكم محض لا نقول به مع ان الجميع وان كان احدهما اقوى من الاخر فليس من ابطال احدهما وذلك فيما قلنا محل رواية ابن عمر على التنفيل فكان اعمالها اولى من اهمال احدهما بعد كونه سندا صحيحا على ما ذكرت من حديث ابن المبارك ويونس ابن عبد الاعلى وذكرنا من تابعه واما قوله تعارض فعلا فيرجح احدهما بقوله يعني قوله للفارس سهمان وللراجل سهم وهو غير معروف وخطي من عزاه لابن ابي شيبة ثم هو وزان ما تقدم له في سجود السهو من قوله تعارضت روايتا فعله وبقي التمسك بقوله وعلم ما تقدم هناك من انه يفيد ان المصير اولا الى الفعل فاذا تعذر التمسك به حينئذ يصار الى القول وليس كذلك هذا واعلم ان مخارج حديث الثلاثة اكثر فانه روي من حديث ابن عمر واخرجه ابو داود ومن حديث ابن ابي عمرة عن ابيه والطبراني من حديث ابي رهم وهو مختلف في صحته واخرجه ايضا من حديث ابي كبشة الانماري والبزار من حديث المقداد واخرجه اسحق بن راهوية من حديث ابن عباس وكذا الطبراني وابو عبيد القاسم بن سلام واخرجه احمد عن المنذر بن الزبير ابن العوام عن الزبير والدارقطني عن عبد الله بن الزبير عن الزبير واخرجه الدارقطني ايضا من حديث جابر واخرجه ايضا من حديث ابي هريرة واخرجه من حديث سهل ابن ابي حثمة وهي مع انها لم تسلم من المقال لم ما لا ينافي قوله ابي حنيفة لانك قد علمت ان رواية الثلاثة محمولة على التنفيل في تلك الوقعة ونص حديث ابي عمرة ان النبي صلى الله عليه وسلم اربعة نفر ومعنا فرس لا بنا فيه وكذا حديث احمد انه صلى الله عليه وسلم اعطى الزبير رضي الله عنه سهما وفرسه سهمان وكذا حديث جابر فانه قال شهدت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم غزاة فاعطى الفارس ثلاثة اسهم واعطى الراجل سهما بل هذا ظاهر في انه ليس امره المستمر والا لقال كان صلى الله عليه وسلم او قضى صلى الله عليه وسلم ونحوه فلما قال غزاة وقد علم انه شهد مع النبي صلى الله عليه وسلم غزوات ثم حضر هذا الفعل بغزاة ما كان ظاهرا في ان غيرها لم يكن كذلك نعم في رواية الدارقطني لحديث الزبير اعطاني يوم بدر وفي رواية له اخرى عنه يوم خيبر ولا ثاني اذ جائز كونه قسم له ذلك فيها وما في حديث سهل ابن ابي حثمة انه محمد حينما قاسم لفرسه سهمين وله سهما وفي حديث عبد الله ابن ابي بكر ابن عمر ابن حزم من طريق ابن اسحق في غزوة قريظة انه صلى الله عليه وسلم جعل للفارس وفرسه ثلاثة اسهم له سهم ولفرسه سهمان لا يقتضي ان ذلك مستمر منه صلى الله عليه وسلم وقد بقي حديث بني المصطلق عن عايشة وتقدم ما يعارض حديث بني قريظة واما حديث ابي كبشة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال اني جعلت للفرس سهمين وللفارس سهما فمن نقصهما نقصه الله فلم يصح لانه رواية محمد بن عمر ان التعبي اكثر الناس على تضعيفه وتوهينه **قوله** ولا يسهم الا لفرس واحد اذا دخل الحرب بفرسين او اكثر وهذا قول مالك والشافعي وقال ابو يوسف وهذا قول احمد يسهم لفرسين فيعطى خمسة اسهم سهم له واربعة اسهم لفرسيه ولم يذكر الخلاف في ظاهر الرواية عن ابي يوسف وانما هو في رواية الا ملاء عنه واستدل المصنف لذلك بما روي انه صلى الله عليه وسلم اسهم لفرسين وهذا روي من حديث ابي عمرة بشير ابن عمرو بن محصن قال اسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم لفرسي اربعة ولي سهما فاخذت حمسة اسهم رواه الدارقطني ومن حديث الزبير اخرجه عبد الرزاق اخبرنا ابرهيم ابن عجلان الاسلمي اخبرنا صالح بن محمد عن مكحول ان الزبير حضر خيبر بفرسين فاعطاه صلى الله عليه وسلم خمسة اسهم وهذا منقطع وقد قبله الاوزاعي عن مكحول منقطعا وقال به قال ان في به وفيه هشام ابن محمد

ابيه الى ان قال واهل المغازي لم يروا انه صلى الله عليه وسلم اسهم لفرسين ولم يختلفوا انه صلى الله عليه وسلم
حضر خيبر ثلاثة افراس السكب والصنب والمرتجز ولم يأخذ الا لفرس واحد انتهى يريد بحديث
هشام ما تقدم هشام ابن عروة عن ابيه عن عبد الله ابن الزبير عن الزبير رضي الله عنه قال اعطاني رسول
الله صلى الله عليه وسلم يوم بدر اربعة اسهم سهمين لفرسي وسهما لي وسهما لابي من ذوي القربى وفي رواية
هشام ابن عروة ايضا عن يحيى بن عباد بن عبد الله ابن الزبير عن جده قال ضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم
عام خيبر للزبير بن العوام باربعة اسهم سهم له وسهم لامه صفية بنت عبد المطلب وسهمين لفرسه
وهذا حسن لكن ان قوله اهل المغازي لم يروا انه اسهم لفرسين ليس كذلك قال الواقدي شيخ المغازي
حدثنا عبد الملك بن يحيى عن عيسى ابن معمر قال كان مع الزبير يوم خيبر فرسان فاسهم له النبي صلى الله
عليه وسلم خمسة اسهم وقال ايضا حدثني يعقوب بن محمد عن عبد الرحمن بن عبد الله ابن ابي صعصعة
عن الحرث بن عبد الله بن كعب ان النبي صلى الله عليه وسلم قاد في خيبر ثلاثة افراس للزاز والضرب والسكب
وقاد الزبير بن العوام افراسا وقاد خراش بن الصمة فرسين وقاد البدا ابن اوس فرسين وقاد ابو
عمرة الانصاري فرسين فاسهم صلى الله عليه وسلم لكل من كان له فرسان خمسة اسهم اربعة لفرسيه وسهما
له وما كان اكثر من فرسين لم يسهم له وقال انه لم يسهم الا لفرس واحد واثبت ذلك انه اسهم لفرس
واحد ولم يصح انه اسهم لنفسه صلى الله عليه وسلم الا لفرس واحد وقال سعيد بن منصور حدثنا فليح
بن فضالة بن الوليد الزبيدي الزهري ان عمر ابن الخطاب رضي الله عنه كتب الى ابي عبيدة بن الجراح
ان اسهم للفرس سهمين وللفرسين اربعة اسهم ولصاحبها سهم فلذلك خمسة اسهم وما كان فوق
الفرسين فهو جنايب وقال سعيد ايضا حدثنا بن عياش عن الاوزاعي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان
يسهم للخيل وكان لا يسهم للرجل فوق فرسين واما ما ذكره المصنف عن البدا ابن اوس انه قاد فرسين
فلم يسهم له رسول الله صلى الله عليه وسلم الا لفرس واحد فغريب بل جاء عنه عكسه كما ذكرناه عن الواقدي
وذكره ابن منده في كتاب الصحابة قال روى محمد ابن فرين عن محمد ابن عمر المدني عن يعقوب
بن محمد بن صعصعة عن عبد الله ابن عبيد الله ابن ابي صعصعة عن البدا ابن اوس انه قاد مع النبي
صلى الله عليه وسلم فرسين فضرب له خمسة اسهم الا ان هذه غرايب وقال مالك في الموطا لم اسمع
بالقسم الا لفرس واحد واستمر المصنف على طريقة حمل الزايد على الفضيل قال كما اعطى سلمة بن
الاكوع سهمين وهو راجل حديثه في مسلم قال قدمنا المدينة فساق الحديث بطوله الى ان قال
فلما اصبحنا قال صلى الله عليه وسلم خير فرساننا اليوم ابو قتادة وخير رجالنا سلمة ابن الاكوع
ثم اعطاني سهمين سهم الفارس وسهم الراجل فجمعهما الي جميعا ورواه ابن حبان وقال كان سلمة
في تلك الغزاة راجلا فاعطاه من خمسة صلى الله عليه وسلم اسهمان المسلمين ورواه القاسم
بن سلام وقال وكان سلمة قد استنفد نفاح النبي صلى الله عليه وسلم وقال ابن مهدي لحدث به
سفيان فقال خاص بالنبي صلى الله عليه وسلم قال القاسم وهذا عندي اولى من حمله على انه اعطاه
من سهمه والا لم يسهم لفلان هبة وخبر سلمة واللفاح مفصل في السير **قوله** والبرادين وهي
جيل البغل واحدها برذون والعتاق جمع عتيق اي كريم رايع وهي كرام الخيل العربية هاسواقي القسم
فلا ينصل احدهما على الاخر وكذا لا يفضل العتيق على الهجين وهو ما يكون ابوه من البرادين وامه
عربية والهجين المقرف وهو ما يكون ابوه عربيا وامه برذونة قيل انما ذكر هذا الان من اهل الشام
من يقول لا يسهم للبرادين وروى فيه حديثا شاذا وجئنا فيه ما ذكرنا في الكتاب من ان الحلاف
في الخيل بشملها وكذا الارهاب وكان في كل خصوصية ليست في الاخر فالعتيق ان فضل بجودة الكر والفر
فالبرذون يفضل بزيادة قوته على الحمل والصبر ولين العطف وكونه الين عطفا من العربي
فهو صحيح فان هذا دايرمع التعليم والعربي اقبل للادب من العجمي من الخيل وكون احد يقول لا يسهم

الكلية للفرس العجمي بعيد ويمكن ان يكون ذكر لما نقل عن عمر رضي الله عنه انه فضل اصحاب الخيل
العربية على المغارف وفي سيرة ابن هشام حدثني ابو عبيدة قال كتب امير المومنين عمر بن
الخطاب رضي الله تعالى عنه الى سليمان ابن ربيعة الباهلي وهو يارمسه يامره ان يفضل
اصحاب الخيل العراب على اصحاب الخيل المغارف في العطا فعرض الخيل فمن به فرس عمر بن معدي
كرب فقال له سليمان فرسك هذا مغرف فغضب عمرو وقال هجين عرف هجينا مثله فوثب اليه
قيس يعني بن مكشوح فتوعده فقال عمرو اتوعدني فانك ذو رعين يا فضل عيشة اوذوانواس
وكاين كان قبلك من نعيم وملك ثابت في الناس كابي قديم عهده من عهد عاد عظيم قاهر الجبروت كابي
فامسى اهله باد واوا واسي يجول من اناس في اناس **قوله** ومن دخل دار الحرب فتفوق فرسه
او هلك فقاتل راجلا استحق سهم الفرسان ومن دخل راجلا فاشترى في دار الحرب فرسا فقاتل فارسا
عليه استحق سهم راجل وجواب الشافعي على عكسه في الفصلين وهكذا روي ابن المبارك في الفضل
الثاني عن ابي حنيفة اي فيما اذا دخل راجلا فاشترى به فرسا فقاتل عليه ان له سهم فارس وظاهر الذهب
الاول والحاصل ان المعتبر عندنا حالة المجاوزة اي مجاوزة الدرب وهو احد الفاصلين بين دار الاسلام
ودار الحرب وعنده حال الحرب له ان السبب في استحقاق الغنيمة اذا وجدت هو قتاله فيعتبر
حال الشخص المستحق عند وجود السبب اي العلة الحقيقة كالمدرج
من البيت بقصد القتال في دار الحرب فانه وسيلة الى السبب وحالة المغازي عندنا بالاتفاق
لا يعتبر فكذا عند المجاوزة والدليل على ان المعتبر حال القتال تعلق الاحكام به الراجحة الى استحقاق
الغنيمة اتفاقا فيما اذا قاتل الصبي او العبد وغيرهما فانهم يستحقون الرضخ وظهر اعتباره
شرعا في حق استحقاق الغنيمة وانه غير متعذر ولو تعذر او تعسر فيشهود الوقعة
لانه اقرب الى القتال من المجاوزة ولنا ان المجاوزة نفس من القتال لانها تحرم الحوف والاقدام عليه
والحال بعدها حال بقا القتال الا انه تنوع القتال الى المجاوزة دار هم وسلوكها قهرا بالمنعة اهلا لهم
وحقيقة المسايفة والمعتبر حال الدوام والان الوقوف على حقيقة القتال متعسر وكذا
على شهود الوقعة لانه حال شغل شاغل لكل احد فيتعذر على الامام استعلامه بنفسه
او بشهادة العدول به لكل فرد فسقط اعتباره بخلافه في حق افراد قليله من الناس كقتال
الصبي والعبد فانه يرتب حكمه عليه دون سايرالناس فيقام في حق الكل السبب المفضي الى القتال
ظاهرا مقامه فيكون هو المعتبر في حق العامة واما ما قيل في التعذر بان الشهادة من اهل العسكر
لا تقبل للتهمة فليس بصحيح بل يجب قبولها لان الشاهد على ان هنا قاتل فارسا لا يجر بذلك
نفعا لنفسه بل ضررا لانه ينقص سهم نفسه فهو ملزم نفسه او الضرر وشركته في الغنم ليست متوقعة على شهادته هذه الا ترى الى ما في الحديث من قول ابي قتادة من يشهد لي
حنين حين غاب عن الله عليه وسلم السلب للقاتل في حنين فشهد له واحد فاعطاه اياه وقال صلى الله عليه وسلم
من قتل قتيلا له عليه بينة الا اهل العسكر من المقاتلة خصوصا في غزوات صلى الله عليه وسلم ولو دخل
فارسا وقاتل راجلا لضيق المكان او الشجرة لو لانه في سفينة دخل فيها بفرسه ليقاتل عليها اذا
خلص الى بر هم فلا قوم قبله فاقتتلوا في السفينة كان لهم سهم الفرسان ولو دخل فارسا ثم باع فرسه
او وهبه وسلمه او اجره او رهنه ففي رواية الحسن يستحق سهم الفرسان اعتبارا للمجاوزة
وفي ظاهر المذهب لا يستحقه لان الاقدام على هذه التصرفات يدل على انه لم يقصد بالمجاوزة الفرس
القتال عليه بل التجارة به وسبب استحقاق سهم الفارس هو المجاوزة على قصد القتال
عليه لا مطلق المجاوزة ولو باعه بعد الفراغ من القتال لا يسقط سهم الفارس بالاتفاق وكذا
اذا باعه حالة القتال لا يسقط عند البعض قال المصنف الاصح انه يسقط لانه ظهر ان قصده

التجارة وانما انتظر حالة العزة وعورض بان تلك الحالة حالة طلب النفس التحصن فبيعه فيها
دليل انه عزم له الان فيه امامانه وجده غير موافق له فربما يقتله لعدم ادبه او غير ذلك
ولان العادة ليس هو البيع وغيره من العقود حالة القتال ليكون بيعه اذ ذاك انتظار الحالة
الرغبات في الشد او في المحيط لوجاوز بفرس لا يستطيع القتال عليه لكبره او هزاله لا يستحق
سهم الفرسان وان كان الفرس مرتضا على التفصيل المذكور فيه لوجاوز على فرس مغصوب
او مستعار او مستاجر ثم استرده المالك فشهد الوقيعة راجلا ففيه روايتان في رواية له
سهم فارس وفي رواية سهم راجل ومقتضى كونه جاوز بفرس لقصد القتال عليه ترجح الاولى
الا ان يراد في اجزاء السبب بفرس مملوك وهو ممنوع فانه لو لم يسترده المغير وغيره حتى قاتل
عليه كان فارسا **قوله** ولا سهم لمملوك ولا امراة ولا صبي ولا ذمي لكن يرضخ لهم اي يعطون
قليلا من كثير فان الرضخة هي الاعطاء كذلك والكثير السهم فالرضخ لا يبلغ السهم ولكن دونه
على حسب ما يراي الامام وسواء قاتل العبد باذن سيده او بغير اذنه والمكاتب كالعبد لما ذكر
في الكتاب وقد استدل المصنف بان النبي صلى الله عليه وسلم كان لا يسهم لهما اخرجه واخرج مسلم
في كتاب نجدة عام الحروري الى ابن عباس يساله عن العبد والمراة يحضران المغنم هل يقسم لهما
فكتب اليه انه ليس لهما شيء الا ان يحذيا وفي ابي داود عن يزيد ابن هرمز كتب نجدة الحروري
الى ابن عباس يساله عن النساء هل كن يشهدن الحرب مع رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فانا كتبت
كتاب ابن عباس الى نجدة فذكر يحضرن الحرب مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فاما ان يضرب لهم بسهم فلا
وقد كان يرضخ لهن واخرج ابو داود والترمذي وصححه عن عمير مولى ابي اللحم قال شهدت
خيبر مع ساداتي الى ان قال فاخبراني مملوك فامر لي بشيء دون سهام ابي داود والنسائي عن جدة
حشرج ام ابيه انها خرجت في غزوة سادسة ست نسوة فبلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم
فبعث الينا فجيئنا فرايناه في وجهه الغضب فقال مع من خرجتن وباذن من خرجتن فقلن
يا رسول الله خرجنا نغزل الشعر ونعين في سبيل الله ومعنا دواء للجرحى ونناول السهام
ونسقي السويق فقال قمن حتى اذا فتح الله عليه خيبر اسهم لنا كما اسهم للرجال وبه قال
الاوزاعي فقال الخطابي اسناده ضعيف لا تقوم به حجة وذكر غيره انه لجهالة راوي وحشرج
من رواته فقال الطحاوي يحتمل انه صلى الله عليه وسلم استطاب انفس اهل الغنيمة وقال غيره يشبه
انه انما اعطاهن من الخمس الذي هو حقه هذا ويمكن ان يكون لكون التنبيه في اهل العطاء اراد
السهم ما خصص به والمعنى خصصنا نبي كما فضل بالرجال وانما يبلغ بهم لا الرجاله منهم سهم
الرجال ولا بالفارس سهم الفرسان لانهم اتباع اصول في التبعية حيث لم يفرض على احد منهم في غير
الغير العام في غير الصبي ويزيد الذمي بانه ليس اهلا له لكون الجهاد عباده وليس هو من
اهلها ومن الامور الاستحسانية اظهار التفاوت بين المؤمن عليهم وغيرهم والشيء والاصل
بخلاف السوقي في العسكر والمستاجر بخدمة الغازي اذا قاتلا حيث يستحقان سهما كاملا
ويسقط حصة رسم القتال من اجرة الاجير لانهما من اهل فرضه فلم يكونا تبعا في حق الحكم بل في
السفر ونحن لم نر الرضخ عندنا من الغنيمة قبل اخراج الخمس وهو قول الثلاثة غير احمد وفي قول
له وهو رواية عن احمد من اربعة الاخماس وفي قول الثلاثة من خمس الخمس وقال مالك من الخمس
ثم العبد انما يرضخ له اذا قاتل دون الصبي والذمي لانهم يعدون على القتال اذا فرض الصبي قادرا
عليه فلا يقام غير القتال في حقهم مقامه بخلاف المراة فانها تعطى بالقتال وبالخدمة لاهل العسكر
وان لم تقاتل لانها عاجزة عنه فاقيم هذه المنفعة منها مقامه وصحة امانها لتبوت شبهة القتال
منها والامان يثبت بالشبهة احتيالا في درء الذمي اذا لم يقاتل بل دل على الطريق لانه ذلك ليس

رضخ

رضخا بل بناء الاجرة ولهذا يزاد على السهم اذا كان عمله ذلك تزيد قيمته عليه بخلاف ما اذا قاتل لانه
عمل الجهاد ولا يسوي في عمل الجهاد بين من يصح منه ويوجد عليه ومن لا يتاتى منه ولا يصح له
فلذلك لا يبلغ به السهم كما ذكر المصنف قالوا والسهم مرفوع البنية لانه المفعول لا واسطة حرف فيكون
هو النائب على الفاعل وهذا على قول الاكثر واما من يجيز اقامة الظرف والمجرور مع وجود المفعول
فيجيز نصبه ويكون النائب لفظ به وهل يستعان بالكافر عندنا اذا دعت الحاجة جاز وهو قول
الشافعي وابن المنذر وجماعة لا يجوز دون ذلك لما في مسلم وغيره عن عائشة رضي الله عنها انه صلى الله
عليه وسلم خرج الى بدر فلحقه رجل من المشركين يذكر منه جراة ونجدة فقال له رسول الله صلى الله عليه
وسلم تؤمن بالله ورسوله قال لا قال ارجع فلن استعين بمشرك الحديث الى ان قيل له في المرة الثالثة
ثم قال انطلق وعن حبيب ابن اساف قال اتيت انا ورجل من قومي رسول الله صلى الله عليه وسلم
وهو يريد غزوا فقلت يا رسول الله انا نستحيي ان يشهد قومنا مشهدا الا شهدته معهم فقال
اسلما فقلنا لا قال فانا لا نستعين بالمشركين قال فاسلمنا وشهدنا معه قال فقتلت رجلا وضربت
ضربة وتزوجت بنته بعد ذلك فكانت تقول لا عدمت رجلا وشحك هذا الوشاح فاقول لا عدمت
رجلا عجل اباك الى النار رواه الحاكم وصححه وقول المصنف ولما استعان صلى الله عليه وسلم باليهود
على اليهود لم يعطهم شيئا من الغنيمة يعني لم يسهم لم يفيد معارضة هذه الاحاديث والمذكور في
ذلك حديث ابي يوسف لا بالحسن بن عمارة عن الحكم عن مقسم عن ابن عباس قال استعان رسول الله
صلى الله عليه وسلم بيهود فبنقاع فرضخ لهم ولم يسهم لكن تفرد به بن عمارة وهو ضعيف واسنده
الواقدي الى محيصة قال وخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم بعشرة من يهود المدينة غزاهم
اهل خيبر واسهم لم كسهمان المسلمين وبقال اعرابهم ولم يسهم لهم واسند الترمذي الى الزهري
قال اسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم لقوم من اليهود قاتلوا معه وهو منقطع وفي سنن ضعف
مع ان يحيى بن الغطان كان لا يرى مراسيل الزهري وقتادة شيئا ويقول هي بمنزلة الريح ولا
شك ان هذه لا تقاوم احاديث المنع في القوة فكيف تعارضها وقال الشافعي رده صلى الله عليه وسلم
المشرك والمشركين كان في غزوة بدر ثم انه صلى الله عليه وسلم المشرك والمشركين كان في غزوة
بدر ثم انه صلى الله عليه وسلم استعان في غزوة خيبر بيهود من بني قينقاع واستعان في غزوة
حنين سنة ثمان بصفوان بن امية وهو مشرك فالرد ان كان لاجل انه مخير ابين ان يستعين
وان يرده كما له رد المسلم لعيني يخافه وليس واحد من الحديثين مخالفا للاخر وان كان لاجل انه
مشرك فقد نسخه ما بعده ولا بابن بان يستعان بالمشركين على قتال المشركين اذا خرجوا طوعا
وبرضخ لهم ولا يسهم ولا تكون لهم راية تخصهم وبايتبت عن النبي صلى الله عليه وسلم انه اسهم لهم ولعل رده
من رده في غزوة بدر رجاء ان يسلم **قوله** فاما الخمس اي الذي تقدم انه يخرج اولا فيقسم
على ثلاثة اسهم سهم للبتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوي القربى فيهم ويقدمون
على غيرهم كان غيرهم من الفقراء يتمكنون من اخذ الصدقات وذوا القربى لاجل لهم هذا راي الكرخي
وسياتي راي الطحاوي اي يدخل فقد البتامى من ذوي القربى في سهم البتامى المذكورين دون
اغنيائهم والبتامى صغير لا اب له والمساكين منهم في سهم المساكين وفقراء ابناء السبيل من ذوي القربى
في ابناء السبيل فان قيل هلا فايدة جعلتموه في ذكر اسم اليتيم حيث كان استحقاقه بالفقر والمسكنة
لا باليتم اجيب بان فايدته دفع توهم ان اليتيم لا يستحق من الغنيمة شيئا لان استحقاقها
بالجهاد واليتيم صغير فلا يستحق وسئله ما ذكر في التاويلات للشيخ ابي منصور لما كان فقراء
ذوي القربى يستحقون بالفقر فلا فايدة في ذكرهم في الفقراء اجاب بان افهام بعض الناس
قد يقضي ان الفقير منهم لا يستحق لانه من قبيل الصدقة ولا تحل لهم وفي التحفة هذه الثلاثة مصارف

الخمس عندنا على سبيل الاستحقاق حتى لو صرف الى صنف واحد منهم جاز كما في الصدقات وقال الشافعي
لذوي القربى خمس الخمس يستوي فيه غنيهم وفقيرهم ويتولى الشافعي قال احمد وعند مالك
الامر موقوف على رأي الامام ان شاء قسم بينهم وان شاء اعطى بعضهم دون بعض وان شاء اعطى غيرهم
ان كان امير غيرهم اهم من امرهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون لبني هاشم وبني المطلب
دون غيرهم من القرابات ونحن موافقه على ان القرابة المرادة هنا تخص بني هاشم وبني المطلب
فانهما دخول الغني من ذوي القربى وعدمه وقال المزني والنوري يستوي فيه الذكر والانثى
ويدفع للقاضي والداني وهو ظاهر اطلاق النص له الملاق قوله تعالى ولذي القربى بلا فصل بين الغني
والفقير ولان الحكم المعلق بوصف يوجب ان سبب الاستحقاق علة له ولا تفصيل فيما خلاف البتامى
فانهم يشترطون فيهم الفقر مع تحقق الاطلاق لقولنا وذلك لان اسم اليتيم يشعر بالحاجة فكان
مقيدا معنى بخلاف ذوي القربى ثم لا ينتفي مناسبتها بالغنى لانه لا يبعد كون قرابة رسول الله
صلى الله عليه وسلم توجب استحقاق هذه الكرامة ولنا ان الخلفاء الراشدين قسموه على ثلاثة اسهم
على نحو ما قلنا وكفى بهم قدوة ثم انه لم ينكر عليهم ذلك احد مع علم جميع الصحابة بذلك وتوافقهم فكان
اجماعا اذ لا يظن بهم خلاف رسول الله صلى الله عليه وسلم والكلام في اثباته فروى ابو يوسف عن الكلبي
عن ابي صالح عن ابن عباس ان الخمس كانت تقسم على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم على خمسة اسهم سهم
للرسول سهم ولذي القربى سهم ولليتامى سهم وللمساكين سهم ولابن السبيل سهم ثم قسم ابو بكر
وعمر وعثمان وعلي على ثلاثة اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل وروى الطحاوي
عن محمد بن خزيمة عن يوسف بن عدي عن عبد الله ابن المبارك عن محمد ابن اسحق قال سألت ابا
جعفر يعني محمد ابن علي فقلت ارأيت عليا ابن ابي طالب حيث ولي العراق وما ولي من امر الناس كيف
صنع في سهم ذوي القربى قال سلك به والله سبيل ابي بكر وعمر فقلت وكيف وانتم تقولون قال اما
والله ما كان اهله يصدرون الا عن رأيه قلت فما منعه قال كره والله ان يدعي عليه خلاف سيرة
ابي بكر وعمر انتهى وكون الخلفاء فعلوا ذلك لم يختلف فيه وبه تصح رواية ابي يوسف عن الكلبي فان الكلبي
مضعف عند اهل الحديث لا انه وافق الناس وانما الشافعي يقول لا اجماع بمخالفة اهل البيت
وحين ثبت هذا حكمنا بانه انما فعله لظهور انه الصواب لانه لم يكن يحل له ان يخالف اجتهاده
اجتهادهما وقد علم انه خالفهما في اشياء لم توافق رأيه كبيع امهات الاولاد وغير ذلك فحين وافقهما
علمنا انه رجع اليه رأيهما ان كان ثبت عنه انه كان يرى خلافه وبهذا اندفع ما استدل به الشافعي
عن ابي جعفر محمد ابن علي قال كان رأي علي في الخمس رأي اهل بيته ولان كره ان يخالف ابا بكر وعمر قال
والاجماع بدون اهل البيت لا يمنع ان فعله كان تقية من ان ينسب اليه خلافهما وكيف وفيه
منع المستحقين عن حقهم في اعتقاده فلم يكن منعه لا لرجوعه وظهور الدليل له ولذا ما روي عن
ابن عباس من انه كان يرى ذلك محمول على انه كان في الاول كذلك ثم رجع ولين لم يكن رجع فالاخذ
بقول الراشدين مع افتراء عدم التكبير من احدا ولي فان قيل لو صح ما ذكرتم لم يكن سهم مستحق
لذوي القربى اصلا لان الخلفاء لم يعطوهم وهو الحق وهو مخالف للكتاب ولفعله صلى الله عليه وسلم
لانه اعطاهم بالاشهة اجاب على قول الكرخي ان الدليل دل على ان السهم للفقير منهم لقوله صلى الله عليه وسلم
يا معشر بني هاشم الحديث وهو بهذا اللفظ غريب وتقدم في الزكاة واسند الطبراني في معجمه
حدثنا معاذ بن المثنى حدثنا مسدد حدثنا معتمر بن سليمان وساق السند الى ابن عباس قال
بعث نوفل ابن الحارث ابنيه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لهما انطلقا الى عمكما لعله
ان يستعين بكما على صدقات فاتيا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبراه بحاجتهما فقال لهما ان لا يحل
لآل البيت من الصدقات شيء وانما غسالة الايدي ان لكم في خمس الخمس ما يغنيكم ويكفيكم ورواه

بن ابي حاتم في تفسيره حدثنا ابي حدثنا ابراهيم بن مهدي المصيصي حدثنا معتمر بن سليمان بلفظ
رغبت عن غسالة ايدي الناس ان لكم من خمس الخمس ما يغنيكم وهو اسناد حسن ولفظ العوض انا وقع
في عبارة بعض المتابعين فيكون العوض انما يثبت حتى من يثبت في حقه المعوض ممنوع ثم هذا
يقتضي ان المراد بقوله تعالى ولذي القربى فقراء ذوي القربى فيقتضي اعتقاد استحقاق فقرائهم
او كونهم مصارف مستمرا وينافيه اعتقاد حقيته منع الخلفاء الراشدين اياهم مطلقا كما هو ظاهر
ما روينا انهم لم يعطوا ذوي القربى شيأ من غيرا استثنا فقرائهم ولذا ينافيه اعطاؤه صلى الله
عليه وسلم الاغنياء منهم كما روي انه اعطى العباس وكان له عشرون عبدا يتجرون وقول المصنف
والنبي صلى الله عليه وسلم اعطاهم للنصرة ليس باخره يدفع السؤال الثاني لكن يوجب عليه المناقضة
مع ما قبله لان الحاصل حينئذ ان القرابة المستحقة هي التي كانت نصرته وذلك لا يخص الفقير
منهم ومن الاغنياء من تأخر بعده صلى الله عليه وسلم كالعباس وكان يجب على الخلفاء ان يعطوهم وهو
خلاف ما نقلتم عنه انهم لم يعطوهم بل حصروا القسمة في الثلاثة ويدل ما سيرويه في تصحيح
قول الكرخي ان عمر رضي الله عنه اعطى الفقراء منهم سهما مع انه لم يعرف اعطاء من تقيد الفقر
سرويا بل المروي في ذلك ما في ابي داود عن ابن سعيد بن المسيب حدثنا جبير بن مطعم ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم لم يقسم لبني عبد شمس ولا لبني نوفل من الخمس شيأ كما قسم لبني هاشم وبني المطلب
قال وكان ابو بكر يقسم الخمس نحو قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم غير انه لم يكن يعطي قربى رسول
الله صلى الله عليه وسلم كما كان يعطيهم النبي صلى الله عليه وسلم وكان عمر يعطيهم ومن كان بعده منه واخرج
ابو داود ايضا عن عبد الرحمن ابن ابي ليلى سمعت عليا قال اجتمعت انا والعباس وفاطمة وزيد
بن حارثة عند النبي صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله ان رأيت ان تؤمرني حقنا من هذا الخمس
في كتاب الله فاقسمه حياتك كلانا رغبني احد بعدك فافعل فقال فعلت فقسمته حياته
رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم ولاية ابي بكر حتى كان اخر سنة من سني عمر اتاه مال كثير فعزل
حقنا ثم ارسله الي فقلت انا العام غني وبالمسلمين اليه حاجة فارددته عليهم فرددته ثم لم يدعني
اليه احد بعد عمر فلقيت العباس بعد ما اخرجت من عند عمر فقال يا علي حرمتنا الغداة شيأ
لا يرد علينا وكان رجلا داهيا فهذا ليس فيه تقييد الاعطاء بفقر المعطى منهم وكيف والعباس
كان ممن يعطى ولم يتصف بالفقر وح ان الحافظ المنذري ضعف هذا فقال في حديث جبير بن مطعم
ان ابا بكر لم يقسم لذوي القربى وفي حديث علي انه قسم لهم وحديث جبير صحيح وحديث علي لا يصح
انتهى والذي يجب ان يعول عليه على اعتقاد ان الراشدين لم يعطوا ذوي القربى ان ذوي
القربى ببيان مصرف لا استحقاق على ما هو المذهب والا لم يجز لهم منعهم بعده صلى الله عليه وسلم
وذلك ان القربى وان قيدت بالنصرة الموازرة في الجاهلية فانهم بقوا بعده على الله عليه وسلم
وكان يجب ان يعطوهم فلما لم يعطوهم كان المراد بيان انهم مصارف اي ان كلا من المذكورين مصرف
حتى جاز الاقتصار على جنس واحد كان يعطى تمام الخمس لابن السبيل كما ذكرنا من التحفة فجاز للراشدين
ان يصرفوه لبعض غيرهم خصوصا وقد راوهم اغنياء متمولين اذ ذاك ورأوا صرفه الى غيرهم انفع
وتقويا بذلك لان الفقير منهم مصرف ينبغي ان يقدم على الفقير الكافر مناه ويدفع قول الطحاوي
انهم يحرمون لان فيه معنى الصدقة ممنوع كون الخمس كذلك بل هو مال الله كان الجهاد حقه اضافه
اليهم لاحقا لهم لزمانا اداوه طاعة له ليصير وسخا ويدل على بطلانه انه صلى الله عليه وسلم صرفه لهم
في حياته فلو كان فيه معنى الصدقة لم يفعل لان مثل هذا ان مقتضاه كون المعنى من ذوي
القربى مصرفا غير ان الخلفاء لم يعطوهم اختيارا منهم لغيرهم في الصرف والذهب خلافه لانه لو كان
الغني مصرفا صح الصرف اليه واجزأ الامام المصرف من حيث اذا صرف اليه سقط الواجب به وليس وغني

ذوي القربى عندهم كذلك هذا واما انه يكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم لان كونهم مصارف
كان للنصرة فلما في ابي داود وغيره بسنده الى سعيد ابن المسيب قال اختلف جبير ابن مطعم قال فلما
كان يوم خيبر ووضع رسول الله صلى الله عليه وسلم سهم ذوي القربى في بني هاشم وبني المطلب وترك بني نوفل
وبني عبد شمس فانطلقت انا وعثمان بن عفان حتى اتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلنا يا رسول الله هؤلاء
بنو هاشم لا ينكر فضلهم للموضع الذي وضعك الله فيهم فما بال اخواننا بني المطلب اعطيتهم وتركتنا وانا
واحدة فقال صلى الله عليه وسلم انا وبني المطلب لا نفترق في جاهلية ولا اسلام وانما نحن وهم شيء واحد
وشبك بين اصابعه اشار بهذا الى نصرتهم اياه نصرة الموانسة والموافقة في الجاهلية فانه ليس
اذ ذاك نصر قتال فهو بشر بلا دخولهم معه في الشعب حين تعاقدت قريش على هجران بني
هاشم وان لا يبايعوهم ولا يناكحوهم والقصة شهيرة وعن هذا استحقت ذراريهم مع انه لا يتأتى
منهم قتال وشرح قوله قرابتنا واحدة انه صلى الله عليه وسلم محمد ابن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم
ابن عبد مناف وهذا الجد اعني عبد مناف له اولاد هاشم الذي من ذريته النبي صلى الله عليه وسلم
والمطلب ونوفل وعبد شمس فكان قرابة كل من نوفل وبني عبد شمس والمطلب منه صلى الله عليه وسلم
واحدة فمقتضى استحقاق ذوي القربى ان يستحق الكل على قول الشافعي او يكون فقدا الكل
مصارف على قولنا فبين صلى الله عليه وسلم ان المراد القرابة التي تحقق منها النصرة السابقة ومنع
الراشدين لم يبنوا على علمهم بعدم الاستحقاق بل انهم مصارف وراوا غيرهم اولى منهم على ما ذكرنا

قوله فاما ذكر الله تعالى في اخره لما فرغ من بيان سهم ذوي القربى شرع يبين سهم الله وسهم
الرسول فذكر ان سهمه وسهم رسوله واحد فانه ليس المراد من قوله تعالى فان لله خمسه ولكذا
وكذا ان له سبحانه سهما كالكل من الاصناف سهم بل ذكر الله تعالى في افتتاح الكلام ليتبرك به
بذكر اسمه تعالى فان له ما في السموات وما في الارض فسهم الله ورسوله واحد وقال ابو العالية
سهم الله ثابت يصرف الى بنا بيته الكعبة ان كانت فزينة والا فالى مسجد كل بلدة ثبت فيها
الخمس ودفعه بان السلف فسروه بما ذكرنا فان هذا التفسير روي عن ابن عباس ورواه الطبراني
في تفسيره عن ابي كريب حدثنا احمد ابن يونس حدثنا ابو شهاب عن ورقا عن نهشل عن الضحاك
عن ابن عباس انه قرا واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسه ثم قال فان لله خمسه مفتاح الكلام سر
ما في السموات وما في الارض وكذا روى الحاكم عن الحسن ابن محمد بن علي بن الحنفية فيه قال هذا مفتاح
كلام الله الدنيا والاخرة وفي غير حديث عن ابن عباس كان صلى الله عليه وسلم اذا بعث سرية
فغنموا خمس الغنيمة فضرب ذلك الخمس في خمسة فعلى قول هذا الفاضل يكون في ستة

قوله وسهم النبي صلى الله عليه وسلم سقط بموته كما سقط الصفي لانه صلى الله عليه وسلم كان يستحقه برسالته
لا برسول بعده والصفي كان شيا يصطفيه لنفسه من الغنيمة من درع وسيف او جارية قبل
القسمة واخراج الخمس كما اصطفى ذا الفقار وهو سيف منبه ابن الحجاج حين اتى به علي رضي الله
عنه بعد ان قتل منبها ثم دفعه اليه ولما اصطفى صفية بنت حيي ابن اخطب من غنيمة خيبر
رواه ابو داود وفي سننه عن عايشة والحاكم وصححه وقال الشافعي رحمه الله يصرف سهم الرسول
صلى الله عليه وسلم الى الخليفة لانه انما كان يستحقه بامامته لا برسالته قال المصنف والحجة عليه
ما قدمناه اي من ان الخلفاء الراشدين انما قسموا الخمس على ثلاثة فلو كان كما ذكر لقسموه على اربعة
وفقوا سهمه لا نفسهم ولم ينقل ذلك عن احد وايضا وهو مما علق بمشتق وهو اله رسول
فيكون هذا الاشتقاق علة وهو الرسالة واما قول المصنف وسهم ذوي القربى الخ اخره
فقد تقدم ما يعين فيه وقوله كانوا يستحقونه في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالفقر لما رويناه
يعني ما تقدم من حديث جبير بن مطعم وبعده بالعقد لا يخفى ضعفه فان قوله تعالى ولذي القربى

اما ان يراد به القرابة المختصة بتلك المرافقة في الضيق والمواساة فيه فتكون المصارف مطلقا
في الكفاية وبعد الممات واما الفقراء منهم فهم المصارف كذلك اي في حياته وبعد مماته فليس الوجه
فيه الا ما قدمناه من انه اراد ان القرابة الناصرة مصارف لغيرهم غير انه صلى الله عليه وسلم
اعطاهم اختيارا والاحد ان يجايزين له لا ان الصرف اليهم كان واجبا عليه كما يجوز ان يقتصر على
مصرف دون مصرف ثم راى الخلفاء الراشدون الصرف الى غيرهم واما فقراهم فالاولى ان
يعطوا لما قدمناه وما هو الحق في التقرير وانما قال وقيل هو الصحيح اي قول الكرخي لان من
الشايخ كشمس الايمة من يرجح قول الطحاوي عليه غير ان توجيهه بان عمر رضي الله عنه اعطى الفقراء
منهم فيه ما تقدم وقوله والاجماع انعقد على سقوط حق الاغنياء يريد اجماع الخلفاء الراشدين والا
فهو محل النزاع الى اليوم من العلماء **قوله** واذا دخل الواحد والاثنان دار الحرب مغيرين جمعه
نظرا الى قوله فاخذوا ولا يخفى ان اللام ايضا في قوله فاخذوا يمكن كونه تنبيها على ان الثلاثة
ايضا مرادا اي اذا دخل واحد او اثنان او ثلاثة بغير اذن الامام فاخذوا شيا لم يخمس وقد صرح بان
الثلاثة كالواحد واما الاربعة فيخمس وفي المحيط عن ابي يوسف انه قدر الجماعة التي لا منعة لها
بسبعة والتي لها منعة بعشرة ومذهب الشافعي ومالك واكثر اهل العلم انه يخمس ما اخذه الواحد
تلصصا لانه مال حربي اخذ قهرا وكان غنيمة فيخمس بالنص ونحن واحمد في رواية عنه نمنع
انه يسمى غنيمة بل الغنيمة ما اخذ قهرا وغلبة لا اختلاسا وسرقة اذ الملتصص انما ياخذ
خفية فكان هذا اكتسابا مباحا من المباحات كالاحتطاب والاصطياد ومحل الخمس ما هو غنيمة
بالنص بخلاف ما نحن فيه والاثنين اذا دخلا باذن الامام لان على الامام ان يقسم
حيث اذن لهما عليه ان ينصر الجماعة الذين لهم منعة كالاربعة او اكثر اذا دخلوا بغير اذنه
تحاميا على توهين المسلمين والدين فلم يكونوا مع نصرة الامام متلصصين وكان الماخوذ قهرا
غنيمة وحذله خذلانا اذا ترك نصره واسلمه **فصل في التنفيل** نوع من القسمة
فالحقه بالوقدم تلك القسمة لانها ضابط وهذه بلا ضابط لانه الى راي الامام بان ينفل قليلا
وكثيرا ونحوهما والتنفيل اعطاء الامام الفارس فوق سهمه وهو من النفل وهو الزايد ومنه
النافلة للزايد على الفرض ويقال لولد الولد كذلك ايضا ويقال نفله تنفيلا ونفله بالتخفيف
نفلا لغتان فصيحتان **قوله** ولا باس بان ينفل الامام اي يستحب ان ينفل نص عليه
في المبسوط وسيذكر المصنف انه تحريض والتحريض مندوب اليه وبه يتاكد ما سلف من ان
قول من قال لفظ لا باس انما يقال لما تركه اولى ليس على عمومه واعلم ان التحريض واجب للنص
المذكور ولكنه لا ينحصر في التنفيل ليكون التنفيل واجبا بل يكون نحو ايضا من الموعظة الحسنة
والترغيب فيما عند الله فاذا كان التنفيل احد خصال التحريض كان التنفيل واجبا مخيرا ثم
اذا كان هو المدعى لخصال المقصود يكون اسقاط الواجب به دون غيره مما يسقط به اولى
وهو المندوب تصار المندوب اخيارا والاسقاط به دون غيره لا هو في نفسه بل هو واجب
مخير واما ما قيل في التنفيل ترجيح البعض وتوهين اخرين وتوهين المسلم حرام فليس بشيء
والاخير التنفيل لاستلزامه محرما وانما قيد بقوله حال القتال لان التنفيل انما يجوز عندنا
قبل الاصابة سواء كان بسلب المقتول او غيره ويشكل عليه قوله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا
فانا كان بعد فراغ الحرب في حنين **قوله** فيقول من قتل قتيلا فله سلبه ومن اصاب شيا
فله له او يقول للسرية قد جعلت لكم النصف او الربع بعد الخمس اما لو قال للعسكر كل ما اخذتم
فهو لكم بالسوية بعد الخمس او للسرية لم يجز لان فيه ابطال السهمان التي اوجبها الشرع اذ فيه
تسوية الفارس بالراجل وكذا لو قال ما اصبتم فهو لكم لم يقل بعد الخمس لان فيه ابطال الخمس

الثابت بالنص ذكره في السير الكبير وبهذا يعينه ما ذكرنا من قوله من اصاب شيأ فهو له لاتحاد الاثر فيها وهو بطلان السهمان المنصوصة بالتسوية بل وزيادة حرمان من لم يصب شيأ اصلا بانتهابه فهو اولى بالبطلان والمنع للمذكور من الحوائج وبه ايضا يتفي ما ذكرنا من قوله انه لو نفل بجميع الماخوذ جاز اذا راى المصلحة فيه وفيه زيادة ايحاش الباقين واثارة الفتنة لا ينفل بجميع الماخوذ كان فيه قطع حق الباقين ومع هذا لو فعل جاز اذا راى المصلحة فيه ثم محل التنفيل اربعة الاخماس قبل الاحراز بدار الاسلام وبعد الاحراز لا يصح الا من الخمس وبه قال احمد وعند مالك والشافعي لا يصح الا من الخمس لانه حق المرتزقة فلا يراي الامام وما بقي للغانمين قلنا انما هي حقهم بعد الاصابة اما قبلها فهو مال الكفار وفيه نظر لان حقيقة التنفيل انما هو ما يصاب لا حالة كونه مالهم فان حقيقته تعليق التمليك بالاصابة وعند الاصابة لم يبق مال الكفرة ثم حق الغانمين فيه ضعيف ما دام في دار الحرب لخلافه بعده وعلى هذا لو كان القتال وقع في دار الاسلام بان هجم العدو ليس له ان ينفل الا من الخمس لانه مجرد الاصابة صار مجرز ا بدار الاسلام **قوله** لانه لا حق للغانمين في الخمس اورد عليه انه لم يكن حقا لهم فهو للاصناف الثلاثة فكما لا يجوز ابطال حق الغانمين كذا لا يجوز ابطال حق غيرهم اجيب انما يجوز باعتبار جعل المنفل له من احد الاصناف الثلاثة وصرف الخمس الى واحد من الاصناف يكفي لما قدمنا انهم مصارف ولهذا قال في الخفية لا ينبغي للامام ان يضعه في الغنى ويجعل نفلا له بعد الاصابة بل الخمس حق المحتاجين لا الاغنيا فجعله للاغنيا ابطال حقهم **قوله** واذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة والقاتل وغيره سوا وهو قوله مالك وقال الشافعي السلب للقاتل اذا كان من اهل ان يسهم له وبه قال احمد الا انه قال اذا كان من اهل السهم او الرضخ وشرط الشافعي الاول فقولان واحد اوله فيتخير بين رضخ له فقولان احدهما كقول احمد والثاني لا سلب له وشرطان ان يقتله مقبلا لا مدبرا ولا ان يرمي سهما الى صف المشركين فيصيب واحدا فيقتله لان ذلك ليس عنا كثيرا اذ كل احد لا يجد عنه واستدل على عامة روى الجماعة الا النسائي من حديث ابي قتادة خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الى حنين فساقه الى ان قال فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه قال فقلت من يشهد لي فجلست ثم قال مثل ذلك في الثانية فقمت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مالك يا ابا قتادة فاقتصصت عليه القصة يعني قصة قتله للقتيل فقال رجل من القوم صدق يا رسول الله وسلب ذلك القتيل عندي فارضه من حقه فقال ابو بكر الصديق رضي الله عنه لا ها الله اذن لا يعمد الى اسد من اسد الله يقاتل عن الله ورسوله فيعطيك سلبه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم صدق فاعطه اياه فقال فاعطانيه واخرج ابو داود في سننه عن انس ابن مالك ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يوم حنين من قتل كافرا له سلبه فقتل ابو طلحة يومئذ عشرين رجلا واخذ اسلابهم ورواه ابن حبان والحاكم وقال صحيح على شرط مسلم ولا خلاف في انه صلى الله عليه وسلم قال ذلك وانما الكلام ان هذا منه نصب الشرع على العموم في الاوقات والاحوال او كان مخيرا بالتنفيل بقاله في تلك الوقعة وغيرها فعندنا هو نصب الشرع لانه هو الاصل في قوله لانه انما بعث لذلك وقلنا كونه تنفيلا هو ايضا من نصب الشرع والدلالة على انه على الخصوص واستدل المصنف على ذلك بانه صلى الله عليه وسلم قال لخبيب ابن ابي سلمة ليس لك من سلب قتيلك الا ما طاب به نفس امامك فكان دليلا على احد محتملي قوله من قتل قتيلا فله سلبه وهو انه تنفيل في تلك الغزاة لا نصب عام للشرع وهو حسن لو صح الحديث او حسن لكنه انما رواه الطبراني في معجمه الكبير والوسط بلفظ حبيب ابن مسلمة ان صاحب قبرص برد طريق اذربيجان وبعده زمرد وياقوت ولولو وغيرها خرج اليه فقتله فجا براسه فاراد ابو عبيدة رضي الله عنه ان يخمسه فقال له حبيب بن مسلمة لا تخمسه رزقا رزقنيه الله تعالى فان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل السلب للقاتل فقال معاذ يا حبيب الم تسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول انما للمرء ما طابت به نفس امامه وهذا معلول بعمرو بن واقد ورواه اسحاق ابن راهويه حدثنا بقية ابن الوليد حدثني رجل عن مكحول عن جبارة بن امية قال كنا مع عسكر بن بدا نق فذكر لحبيب بن مسلمة الفهري انه قال في اسلبه يحمله على جملة ابعال من الديباج والياقوت والزبرجد فاراد حبيب ان ياخذه كله وابو عبيدة يقول بعضه فقال حبيب لابي عبيدة فذ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا فله سلبه قال ابو عبيدة انه لم يقل ذلك للابد وسمع معاذ ذلك فاتى ابا عبيدة وحبيب بخاصمه فقال معاذ الا تنتهي انت وتاخذ ما طابت به نفس امامك فان مالك الا ما طابت به نفس امامك وحدثهم بذلك معاذ عن النبي صلى الله عليه وسلم فاجتمع رايهم على ذلك فاعطوه بعد الخمس فباعه حبيب بالف دينار وفيه كاتب مجهول ويحكى المصنف انه جعل فطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لحبيب وليس كذلك وسماه حبيب ابن ابي سلمة وصوابه حبيب بن سلمة ولكن قد اكثر ضعفه فانا انما نستدل به لاحد محتملي لفظ روي عنه صلى الله عليه وسلم وقد بينا ذلك في البخاري ومسلم من حديث عبد الرحمن بن عوف في قتل ابي جهل يوم بدر فان فيه انه صلى الله عليه وسلم قال لمعاذ بن عمرو بن الجموح ومعاذ بن عفرا بعد ما راى سيفيهما كلاكما قتله ثم قضى بسلبه لمعاذ ابن عمرو بن الجموح ومن ولو كان مستحقا للقاتل لقضا به لهما الا ان البيهقي دفعه بان غنيمة بدر كانت للنبي صلى الله عليه وسلم بنص الكتاب يعطي منها من يشا وقد قسم لجماعة لم يحضروا ثم نزلت اية الغنيمة بعد بدر فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالسلب للقاتل واستقر الامر على ذلك انتهى يعني ما كان اذ ذاك قال السلب للقاتل حتى يصح الاستدلال وقد يدعى انه قال في بدر ايضا على ما اخرجه ابن مردويه من طريق فيه الكلبي عن ابي صالح عن ابن عباس ومن عطا ابن عجلان عن عكرمة عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم بدر من قتل قتيلا فله سلبه فجا ابو اليسر بانسيرين فقال لسعد بن عبادة اي رسول الله ما كان بناجبين عن العدو ولا منى بالحياة ان يصنع ما صنع اخواننا ولكنا رايناك قد افزدت فكرهنا ان ندمك بمضيعة قال فامرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يوزعوا تلك الغنايم بينهم فظهر انه حيث قاله ليس بنصب الشرع بالابد وهو وان ضعف سنده فقد ثبت انه قال يوم بدر من قتل قتيلا فله كذا وكذا اخذ ابي داود ولا شك انه لم يقل لفظ كذا وكذا وانما هو كناية من الراوي عن خصوص ما قاله وقد علمنا انه لم يكن عين دراهم او دنانير فان الحال يذلك غير معتاد والحال يقتضي ذلك لقلة او عدما فيغلب على الظن ان ذلك المكني عنه الراوي هو السلب وما اظنه انه العتاد ان يجعل في الحرب للقاتل وليس كل ما روي مروي بطريق ضعيفة بالطل بنفع الظن بصحة جعله في بدر السلب للقاتل والماخوذ للاخذ فيجب قبوله غاية الامر انه تظافرت به احاديث ضعيفة على ما يفيد ان المذكور من قوله من قتل قتيلا فله سلبه انه ليس نصا عاما مستمرا والضعيف اذا تعددت طرقه ارتقى الى الحسن فيغلب الظن انه تنفيل في تلك الوقايع ومما يبين ذلك بقية حديث ابي داود فانه قال بعد قوله كذا وكذا فاقتدم الفتيان ولزم المشيخة الرايات فلما فتح الله عليهم قال المشيخة كنا ردا لكم لو انهزمتم فيتم الينا فلا تذهبوا بالمغنم ونبقى فابى الفتيان ذلك وقالوا جعله رسول الله صلى الله عليه وسلم لنا الحديث فقوله جعله يبين ان كذا وكذا هو جعله السلب للقاتلين والماخوذ للاخذين وحديث مسلم وابي داود عن عوف ابن مالك الاشجعي دليل ظاهر انه كما قلنا قال خرج مع زيد ابن حارثة في غزوة مؤتة ورافقني مدد يمن من اهل اليمن فلقينا جموع الروم ومنهم رجل على فرس اشقر عليه سرج مذهب وسلاح مذهب فجعل يغري بالمسلمين وقعد له المددي خلف صخرة فمر به الرومي فعرقب فرسه فخر وعلاه فقتله وحاز فرسه وسلاحه فلما فتح الله

على المسلمين بعث الغنم خالد ابن الوليد فاخذ منه سلب الرومي قال عوف فاتيت خالد فقلت له
يا خالد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالسلب للقاتل قال بلى ولكني استكثرته قلت لتردنه
او لاعرفنكما عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فابى ان يعطيه قال عوف فاجتمعنا عند رسول الله صلى الله
عليه وسلم فقصصت عليه قصة المددي وما فعل خالد فقال صلى الله عليه وسلم يا خالد رد عليه ما اخذت
منه فقال عوف تعلت دونك يا خالد الم اف لك فقال صلى الله عليه وسلم وما ذاك فقال اخبرته
قال فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال يا خالد لا ترد عليه هل انتم تاركو لي امراي صفوة
امرهم وعليهم كدرة فتيه امران الاول رد قول من قال انه صلى الله عليه وسلم لم يقل من قتل قتيلا
فله سلبه الا في حنين فان موته كانت قبل حنين وقد اتفق عوف وخالد انه صلى الله عليه وسلم
قضى بالسلب للقاتل قبل ذلك والاخر انه منع خالدا من رده بعد ما امره فدل ان ذلك حيث قال
صلى الله عليه وسلم كان تنفيلا وان امره اياه بذلك كان تنفيلا طابت نفس الامام له به ولو كان
شرعا لم يكن لما يمنعه من مستحقه وقول الخطابي انما منعه ان يرد على عوف سلبه زجرا لعوف
ليلا يجري الناس على الاثرة وخالد كان مجتهدا فامضاه صلى الله عليه وسلم واليسير من الضرر يتحمل
للكثير من النفع غلط وذلك لان السلب لم يكن للذي تجدا وهو عوف انما كان للمددي ولا تزر وازرة
وزر اخرى وغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم لذلك كان اشد على عوف من منع السلب وازجد
له منه فالوجه انه صلى الله عليه وسلم احب اولا ان يمضي شفاعته للمددي في التنفيل فلما غضب منه
رد شفاعته وذلك بمنع السلب لانه لغضبه وسياسته بزجره بمنع حق اخر لم يقع له جناية
فهذا ايضا يدل على انه ليس شرعا عاما لازما وقوله وزيادة الفاء جواب عن تخصيصه بكونه بقتله مقبلا
فقال زيادة الفاء في الجنس الواحد لا يعتبر موجبه زيادة من الغنم لمن قامت به وقوله كما ذكرنا يعني
ما قدمه في اول فصل كيفية القسمة من انه نفذ راعيا رمعذارا الزيادة بل نفس الزيادة لانه يحتاج
الى شاهد بان اعنا هذا في هذا الحرب اكثر من هذا ولا يكفي زيادة شهرة هذا دون ذلك اذ الابعد
ان يتفق اعنا من غير المشهور في وقت اكثر من المشهور اويشير الى قوله لان الكر والفر من جنس
واحد **قوله** والسلب ما على المقتول من ثيابه وسلاحه ومركبه وما على مركبه من السرج واللامة
وما معه على الدابة من مال في حقيبته وما على وسطه من ذهب وفضة وما سوى ذلك مما هو مع
غلامه او على دابة اخرى فليس منه بل حق الكل والحقيبة الرفادة في موخر الكتب وكل شيء شده
في موخر رحلك او رقبتك فقد استحقبته وللشافعي في المنطقة والطوق والسوار والخاتم
وما في وسطه من النفقة وحقيبته قولان احدهما ليس من السلب وبه قال احمد والاخر انه من
السلب وهو قولهما وعن احمد في برذعته روايتان **قوله** ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين
فقط واما الملك فانما يثبت بعد الاحراز بدار الاسلام لما مر من قبل اي في باب الغنائم من قوله وكان
الاستيلاء اثبات اليد الحافظة والناقلة لما اخره حتى لو قال الامام من اصاب جارية فهي له ومن
اصاب شيئا فهو له فاصابها مسلم فاستبراها لم يحل له وطؤها في دار الحرب وقال محمد له ان يطأها
وهو قول الائمة الثلاثة لانه اختص بملكها بتنفيل الامام فصار كالمختص بشرائها في دار الحرب او بعد
قسم الامام الغنائم في دار الحرب مجتهدا حيث يحل وطؤها بالاجماع بعد الاستبراء لان المختص
اذا اخذ جارية في دار الحرب واستبراها حل له وطؤها بالاتفاق لانه ما اختص بملكها لوحقه
جيش المسلمين شاركوه فيها ولهما ان سبب الملك في المنفل ليس الا التهور كما في الغنيمة ولا يتم الا
بالاحراز بدار الاسلام لانه ما دام في دار الحرب متهورا راد فاهريدا فيكون السبب ثابتا
في حقه من وجه دون وجه والاثر للتنفيل في اثبات القصر فيه في قطع حق غيره واما الملك
فانما سببه ما هو السبب في كل الغنيمة وهو ما ذكرنا بخلاف المشتراة لان سبب الملك العقد

والقبض

والقبض بالتراضي لا القهر وقد تم وعدم الحل للمنقص لعدم تمام القهر ايضا قبل الاحراز لما ذكر
ان حق الجيش موهوم فلا يعارض الحقيقة واعلم ان كون الملك يتم بالقسمة في دار الحرب
عند ابي حنيفة فيه خلاف قيل نعم لانه مجتهد فيه فيتم ملك من وقعت في سهمه فيطأها
بعد الاستبراء بالاتفاق كالمشتراة وجعل الاظهر في المبسوط عدم الحل فلا يتم القياس عليه لمحمد الا
على احد القولين وقوله ووجوب الضمان بالاتلاف ذكره لدفع شبهة ترد على قول ابي حنيفة
وابي يوسف لان محمدا ذكر في الزيادات ان المتلف للسلب يغرمه الامام رجليضمن ولم يذكر خلافا
فورد عليهما ان الضمان دليل تمام الملك فينبغي ان يحل الوطء عندهما ايضا بعد الاستبراء فقال في
جوابه بل هو على الخلاف وانما يضمن عند محمد خلافا لهما وفي نسخة وقد قيل بالواو والله الموفق

باب استيلاء الكفار

لما فرغ من بيان حكم استيلاء بعضهم على بعض وحكم استيلائهم علينا وتقدم ان الاول على الثاني ظاهر **قوله** واذا
غلب الترك على الروم اي كفار الترك على كفار الروم فسبوهم واخذوا اموالهم ملكوها لان الاستيلاء
قد تحقق على مال مباح على ما بيناه من غرب فان غلبنا على الترك حل لنا ما نجده من مال ابي ما اخذوه
منه وان كان بيننا وبين الروم موادعة لانا لم نغدرهم انما اخذنا مالا حرج عن ملكهم ولو كان
بيننا وبين كل من الطائفتين موادعة فاقتتلوا فغلبت احدهما كان لنا ان نشتري المغنوم
من مال الطائفة الاخرى من الغانمين لما ذكرنا وفي الخلاصة والاحراز بدار الحرب شرط اما
بدارهم فلا ولو كان بيننا وبين كل من الطائفتين موادعة واقتتلوا في دارنا لا نشتري من
الغالبين شيئا لانهم لم يملكوه لعدم الاحراز فيكون سبيا وناعذرا بالاخذ من انه على ملكهم
واما لو اقتتلت طائفتان في بلدة واحدة فهل يجوز شراء المسلم المستامن من الغالبين نفسا
او لا ينبغي ان يقال ان كان بين المأخوذ وبين الاخذ قرابة محرمة كالاسية او كان المأخوذ
لا يجوز بيعه للاخذ لم يجز الا ان دانوا ذلك عند الكرخي وان لم يكن فان دانوا بان من قهر
اهر ملكه جاز الشراء والا لا **قوله** واذا غلبوا على اموالنا واحرزوها بدارهم ملكوها وهو قول
مالك واحمد الا ان عند مالك بمجرد الاستيلاء يملكونها وعند احمد فيه روايتان كقولنا وقول
مالك فيتفرع على ملكهم اموالنا بالاحراز ان لكل من دخل دار الحرب بامان من المسلمين ان يشتري
ما اخذوه فيأكله ويطأ الجارية لملكهم كل ذلك وقال الشافعي لا يملكونها لان الاستيلاء اي استيلاء
على اموال محظور ابتداء عند الاخذ وانتهاء عند صيرورتها في دارهم لبقاء عصمة المال سببا
وهو عصمة المالك قال صلى الله عليه وسلم فاذا قالوها فقد عصموا مني دماءهم واموالهم
والكفار مخاطبون بالمحرمات اجماعا والحصول لا ينتهض سببا للملك على ما عرف من قاعدته
فصار كاستيلاء المسلم على مال المسلم وكاستيلائهم علينا ولان النص دل عليه وهو ما روى
الطحاوي مسندا الى عمران ابن حصين قال كانت العضباء من سوابق الحاج فاغار المشركون
على سرح المدينة وفيه العضباء واسروا امرأة من المسلمين وكانوا اذا نزلوا اناخ يجوز ايلم
في افنيتهم فلما كانت ذات ليلة قامت المرأة وقد نوموا فجعلت لا تضع يدها على بعير الا
رغا حتى اتت على العضباء فاتت عليها ناقة ذلول فركبتها ثم وجهت قبل المدينة ونذرت
لئن الله عز وجل نجاها عليها لتنحرنها فلما قامت عرفت الناقة فاتوا بها النبي صلى الله عليه وسلم
فاخبرته المرأة بنذرها فقال بئسما جزيتيها لا وفاء لنذر في معصية الله ولا فيما
لا يملك ابن ادم وفي لفظ فاخذنا قته ولو كان الكفار يملكون بالاحراز لملكت المرأة والجمهور
اوجه من النقل والعين فالاول قوله تعالى للفقراء المهاجرين سهام فقراء والفقير من لا يملك شيئا
فدل على ان الكفار ملكوا اموالهم التي خلفوها وهاجروا عنها وليس من يملك مالا وهو في مكان لا يصل

اليه فقير اهل هو مخصوص بابن السبيل ولذا عطفوا عليهم في نفل الصدقة واما استدلاله الشارحون
بما في الصحيحين انه قيل له صلى الله عليه وسلم في الفتح اين تنزل غدا بمكة فقال وهل ترك لنا عقيل من منزل
وفي رواية تنزل غدا بدار كفال وهل ترك لنا عقيل من رباع وانما قاله لان عقيلا كان استولى عليه وهو
على كفره فغير صحيح لان الحديث انما هو دليل ان المسلم لا يرث الكافر فان عقيلا انما استولى على الرباع بارثه
اياها من ابي طالب فانه توفي وترك عليا وجعفرا مسلمين وعقيلا وطالبا كافرين فورثاه لان الدار كانت
للنبي صلى الله عليه وسلم فلما هاجر استولوا عليها فملكوها بالاستيلاء وروى ابو داود في مراسيله عن تميم بن طرفه
قال وجد رجل عقالا فارتفع الى النبي صلى الله عليه وسلم فاقام البينة انه له واقام الآخر البينة
انه اشتراها من العدو فقال النبي صلى الله عليه وسلم ان شئت ان تأخذ الثمن الذي اشتراها به فانت
احق والا فخل عن ناقته والمرسل حجة عندنا وعند اكثر اهل العلم واخرج الطبراني مسندا عن تميم
بن طرفة عن جابر ابن سمرة وفي سنده ياسين الزيات ضعيف واخرج الدارقطني ثم البيهقي في سننهما
عن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ايما احرز العدو فاستنقذه المسلمون منهم ان وجده
صاحبه قبل ان يقسم فهو احق به وان وجده قد قسم فان شاء اخذه بالثمن وضعف بالحسن ابن عمارة واخرج
الدارقطني عن ابن عمر سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من وجد ماله في الفيء قبل ان يقسم فهو له
ومن وجد بعد ما قسم فليس له شيء وضعف باسحق بن عبد الله ابن ابي فروة ثم اخرجه بطريق اخرى فيه
رشدين وضعفه به واخرجه الطبراني عن ابن عمر مرفوعا من ادرك ماله في الفيء قبل ان يقسم فهو له ومن
ادركه بعد ان قسم فهو احق به بالثمن وفيه ياسين ضعيف. قال الشافعي واحتجوا ايضا بان عمر بن الخطاب
رضي الله عنه قال من ادرك ما اخذ العدو قبل ان يقسم فهو له وما قسم فلا حق له فيه الا بالقيمة قال وهذا
انما روي عن الشعبي عن عمر وعن رجاء بن حياه عن عمر مرسلا ولا هما لم يدركا عمر وروى الطحاوي بسنده
الى قبيصة بن ذويب ان عمر ابن الخطاب رضي الله عنه قال فيما اخذه المشركون فاصابه المسلمون فعرفه
صاحبه اي ادركه قبل ان يقسم فهو له وان جرت فيه السهام فلا شيء له وروي فيه ايضا عن ابن عيينة
رضي الله عنه مثل ذلك وروي باسناده الى سليمان بن يسار عن زيد ابن ثابت مثله وروي ايضا
باسناده الى قتادة عن خلاس ان علي ابن ابي طالب قال من اشتري ما احرز العدو فهو جائز
والعجب ممن يشك بعد هذه الكثرة في نفي اصل هذا الحكم ويدور في ذلك بين تضعيف بالارسال او التكلم
في بعض الطرق فان الظن بلا شك يقع في مثل ذلك ان هذا الحكم ثابت وان هذا الجمع من علي المسلمين
لم يتعمد والكذب وبعد ان وقع غلط للكل في ذلك وتوافقوا في هذه الغلطة بلا شك انما اراد ابي
الضعيف اذا الكثر مجيء ما رواه يكون مما اجاد فيه وليس يلزم الضعف الغلط دايما وقد
ان يكون الكثرة حالة السهو والغلط هذا مع اعتضاده بما ذكرنا من الاية وحديث العصباء كان
قبل احراز بدار الحرب الا ترى الى قوله وكانوا اذا نزلوا منزلا الى اخره فانه يفهم انها فعلت
ذلك وهم في الطريق واما المعنى فما اشار اليه المصنف بقوله الاستيلاء ورد على مال مباح يعني
الاستيلاء الكافر بعد الاحراز حال البقاء ورد على مال مباح فيتعقد سببا للملك كاستيلاء بنا
على امواله فانه ما لم يملك فيه الا لهذا المعنى وهذا اي كونه مباحا اذ ذاك لان العصمة
ثبتت على ما فات الدليل وهو قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا منه فانه
يقتضي اباحة الاموال بكل حال وانما ثبتت ضرورة يمكن المحتاج من الانتفاع فاذا زالت المكنة
من الانتفاع عاد مباحا وزوالها على التحقيق واليقين بتباين الدارين فان الاحراز حينئذ يكون
تاما وهو الاقتدار على المحل حالا ومالا بالاد خار لحين وقت حاجته بخلاف اهل البغي اذا احرزنا
اموالهم لا تزول املاكهم لان العصمة ومكنة الانتفاع ثابتة مع اتحاد الدار والملة من وجه فلا يزول
الملك بالشك ثم اجاب عن قوله المحظور لا يصلح سببا للملك فقال في ذلك في المحظور لغيره فلا

فانا

فانا وجدناه صلح سببا لكرامة تفوق الملك وهو الثواب كما في الصلاة في الارض المغصوبة
فما ظنك بالملك الدنيوي والقياس على استيلائهم على رقابنا فاسد لانها ليست مالا وكذا على
غصب المسلم مال المسلم وذلك لانه ليس فيه احراز بل الملك على ما ذكرنا في الباغي واورد عليه
ان العصمة ان زالت بالاحراز بدارهم لا يكون الاستيلاء محظورا المحتاج الى هذا الكلام وان لم تكن
زالت لم يصر ملكا لهم واجيب بان العصمة المؤثمة باقية لانها بالاسلام والعقوبة زالت
لانها بالدار وقد يقال ان كان الملك زال بتعاقب الزوال العصمة صار مباحا وعاد الاول وان لم
يسقط لزم الثاني فالمدار الاباحة وعدمها ثم الوجه الاحاجة الى اثبات انه محظور لغيره وذلك
لان الاستيلاء ان اريد به ابتداء الاخذ واد خاله في دار الحرب فحق لكونه فيئا لعينه لانه
ظلم وهو قبيح لنفسه على ما عرف كذا ورد في الاصول على كون الغصب يفيد الملك ذلك
اجيب بان المفيد له هو الضمان على ما في توجيهه من الكلام بل نقول ليس الاستيلاء الاول
سببا للملكة ولا الادخال الى دار الحرب بل الادخال سبب زوال مكنة الانتفاع وزوال المكنة
الانتفاع سبب الاباحة وهو لا يضاف لجل ولا حرمة لانه ليس من الافعال ثم الاستيلاء الكافر
في البقاء على ذلك المال الباح سبب ملك الكافر وهذا الاستيلاء ليس بمحرم لانه على مال مباح
واباحته سببية عما ليس بمحرم وهو زوال المكنة فاما الاخذ وما يليه فاسباب لغير ذلك
مما ذكرنا فكان الوجه منع ان سبب الملك هنا محظور لنفسه او غيره بل هو امر مباح والعيب
البعيد لا يؤثر في السبب الاخير لانه مسبب عن غيره على ما عرف من ان العلة البعيدة لا اثر
لها في المعلول بخلاف الغصب فانه لا يستعقب اباحة اصلا وقول بعضهم في الشرح لانه اي الاستيلاء
ورد على مال محظور معصوم لان استيلاءهم انما يتحقق بعد الاحراز وبعده ارتفعت العصمة
فورد على مباح كمال المسلم اذا لم يحرزوه اقول يقتضي ان ماله مباح وليس كذلك بل هو معصوم
عليه غير انها ارتفعت بالخلاف المتقدم وسببه انه ليس في يده بل يكفي المنع بان يقال لا نسلم
انه محظور لانه ورد على مال مباح لما اخره **قوله** فان ظهر عليهم المسلمون فوجدها للاول
قبل القسمة فهي له بغير شيء وان وجدها بعد القسمة اخذها بالقيمة ان احبوا لقوله
عليه السلام وسلم فيه ان وجدته لما اخره وتقدم الكلام في الحديث ونظائره فان قيل
اخذه قبل القسمة اذا كان حكما لازما يقتضي قيام ملكه اجيب بالمنع فان الواهب له ان يأخذ
ما وهبه بعد زوال ملكه عنه شرعا وكذا الشفيع يقدم على المالك المشتري في الاخذ
ولا ملك له وحاصله ان في الشرع صورا تقدم فيها غير المالك على المالك كما ارينا فلا ان يقدم
غير المالك على غير المالك اولى وهو ما ذكرنا فانه لا ملك لاحد في المغنوم قبل القسمة فحس
ضرورة القوي بصبر يسير فان الشركة لو بقي في الحق دون الملك وعكسها هي شركة عامة
فيخف ضرر كل واحد خفة كثيرة وصورة الشفيع شبيهة اخذه بالقيمة بعد القسمة لتقدمه
في اثبات ملك متنف بازالة ملك موجود بالثمن دفعا لضرر الجوار او الخلطة مع دفع
ضرر اتلاف مال الاخر واشبه بالتاخير اذا دخل دار الحرب فاشترى اما استولوا عليه
من مال المسلم فانه ازالة ملك ثابت بعوض باحداث ملك زايل بعوض بقدره وهي المسئلة
التي ذكرناها وهذا لان الشارع لما لم يزل الملك الخاص الحادث للغازي في مقابلة غنما حصل
له في مقابلة ما بذله ليعتدل النظر ويخف الضرر بين الجانبين فلان يزيله برفع ملك
حصل بعوض باحداث ملك لا بعوض ليعتدل من الجانبين اولى ولو ان ان جرا اشتراه
بعرض يأخذه بقيمة العرض هذا ولو ترك اخذه بعد العلم بشرائه واخراجه من دار الحرب
زمانا طويلا له ان يأخذه بعد في ظاهر الرواية وفي رواية بن سماعة عن محمد ليس له

كالشفيع اذا لم يطلب الشفعة بعد علمه بالبيع والظاهر هو الاول ولو وهبوا لمسلم اخذه مالكه
بقيمته لانه ثبت له ملك خاص في مقابلة ما كان مال او اتصل من المالية اذا كانت اذ المال ثابت
معنى لان المكاتب مطلوبة والظاهر ابقاءها فلا يزال الا بالقيمة وقد يمنع هذا بالرجوع ولو كان
ما اخذه الكفار من مال المسلم مثليا كالدراهم والدنانير والحنطة والعسل والزيت ثم غنمه المسلمون
باخذه للمسلم قبل القسمة بغير شيء ولا ياخذه بعد ها لانه لا فايدة فيه لان اخذه بالمثل غير مفيد
وكذا اذا كان المثلي هو ما من الكافر ليخرج له ليس فيه الا المثل وهو انه غير مقيد لما قلنا
وكذا اذا كان الذي اخذه من الكفار مشتري بمثله فدراهم وصفا ليس لصاحبه القديم ان ياخذه
لانه غير مقيد وقيد بقوله فدراهم وصفا لانه لو اشتراه المشتري بافل قدرا منه او بخلبه
لكن ادون منه او احسن فان له ان ياخذه بمثل ما اعطى المشتري منه فرع اختلف المولى والمشتري
منهم في قدر الثمن القول قول المشتري مع يمينه لانه انما يتملك عليه ماله بما يقرهو به كالمشتري
مع الشفيع اذا اختلفا في الثمن الا ان يقيم المالك البينة انه اشتراه بافل فيثبت ذلك قوله
فان اسروا عبدا فاشتراه رجل فاخرجه الى دار الاسلام فغقئت عينه واخذ ارشا فان المولى
ياخذه بالثمن الذي اخذ به من العبد ولا ياخذ الارش لان ملكه فيه صحيح لانه اخذ بدل ملك صحيح
كالو قتل العبد بخلاف المشتري شرا فاسدا على ما سنذكر فلو اخذ اي الارش اخذه بمثله
دراهم او دنانير وعلمت انه لا يعيد ولا يحط شيء من الثمن بما نقص من عينه لان الاوصاف لا يقابلها
شيء من الثمن والعين كالوصف لانها جعلت اوصاف الابصار وقد فاتت في ملك صحيح فلا يقابلها
شيء من الثمن ولا يسقط بفواتها شيء منه وانما لم يقابل شيء من الثمن الوصف لانه تابع وبفواته
لا يسقط شيء من الثمن ولهذا الوظهر في المبيع وصف مرغوب فيه وقد نفياه عند العقد لم يكن
للبايع ان يطلب شيئا بمقابلته ولو اشتري عبدا فذهبت يداه او عينه قبل القبض لا يسقط
شيء من الثمن والعقد كالارش واستشكل بان الوصف انما لا يقابله شيء من الثمن اذا لم يقصد
مقصودا بالتناول اما ان صار وله حظ من الثمن كما لو اشترى عبدا فقئت عينه ثم باعه
مرابحة فانه يحط من الثمن ما يخص العين ولو اعورت في يده بافة سماوية لا يحط بل يراجع
على كل الثمن وكذا في الشفعة اذا كان فوات وصف المشفوع فيه بفعل فصدي فوبل
ولو فات بافة سماوية كان جف بنجر البستان ونحوه لا يقابله شيء من الثمن وبهذا ورد
على اطلاق قوله بخلاف الشفعة لان ذلك في القصدي اما في غيره فالشفعة والمسئلة التي
نحن فيها سواء واجيب بان الوصف انما يقابله بعض الثمن عند صبر ورته مقصودا بالتناول
في الملك الفاسد وموضع وجوب اجتناب الشبهة كما ذكرت من مسئلة المرابحة لانها مبنية
على الامانة دون الخيانة والشبهة حكم الحقيقة فيها والملك في الشفعة للمشتري كالفاسد من
حيث وجوب تخويله انما في الشراء الصحيح الذي لا يشبه الفاسد فالثمن يقابل العين لا عين
وقوله لان الاوصاف تضمن فيه اي في المبيع الفاسد لانه كالغصب من حيث وجوب فسخ السبب
فالاصل في تقوم الصفات هو الغصب وانما كرمه ذلك مراعاة لحق المالك ومبالغة في دفع
تراضيهما في حق الحل وطيب ركل منهما يد لها اخر في الكافي ولان الاخذ للمالك القديم
لا بثبوت الملك الصحيح للمشتري من العبد وثبت بخلاف القياس نصا وهو قوله ان شاء اخذه
بالثمن وهو اسم للكل فلا يحط عنه هذا ولو انه وقع عينه او عند الغازي المغنوم له فاخذ
قيمته وسلمه للقاتي فللمالك الاول اخذه من القاتي في الحمى عند ابي حنيفة وقالا بقيمته سليما

وهي

وهي التي اعطاها القاتي للمولى لها انه فوق وصف فلا يسقط به شيء من ثمنه وله انه طرف وهو
مقصود فهو كفوات بعض الاصل فيسقط حصته من القيمة كالولد مع الام وهذا ينتقض
بمسئلة الهداية بل الوجه ان فوات الطرف هنا بفعل الذي ملكه فكان بمنزلة
مالو اشتراه سليما ثم قطع طرفه باختياره فكان راضيا بتنقيصه بخلاف مسئلة الكتاب لان القاتي
غيره بغير رضاه فرع اسروا جارية واحرزوها ثم ظهر المسلمون فوقعت في سهم قائم
فباعها بالف فولدت في يد المشتري ومائت فاراد المالك القديم اخذ الولد فعند ابي يوسف
له ذلك بالف وعند محمد بحصته من الالف وذلك بان يقسم الالف على قيمة الام يوم القبض
وقيمة الولد يوم الاخذ فما اصاب الام فهو حصته قوله وان اسروا اي الكفار عبد
المسلم فاشتراه رجل منهم بالف فاسروه ثانيا وادخلوه دار الحرب فاشتراه رجل اخر
بالف فليس للمولى الاول وهو المأسور منه اولا ان ياخذه من الثاني وكذا المولى الثاني
غايبا كما سنذكر لان الاسر ما ورد على ملكه بل على الثاني فانما يثبت حق اخذه للمشتري
الاول حتى لو ابا اخذه لم يلزم المشتري الثاني اعطاؤه للمولى الاولى ولو كان المشتري
الاول وهبه له اخذه مولاه من الموهوب له بقيمته كالو وهبه الكافر لمسلم ثم اذا اخذه
المشتري الاول من المشتري الثاني بالف فاراد المولى الاول ان ياخذه من المشتري الاول
اخذه بالعين لانه قام عليه بذلك وهو وان تضرر بذلك في مقابلة العبد الذي عرضه فيه
بخلاف مالو اخذه بالف فانه يفوت الالف الاخرى على المشتري الاول بلا عوض اصلا
فرع لو باع المشتري من العبد والعبد من غيره اخذه المالك القديم من الثاني بالثمن الذي
اشتراه به ان مثليا او قيميا بان كان اشتراه مقايضة بقيمته لان المشتري الثاني قايد
مقام المشتري الاول ليس للقديم ان ينقض العقد الثاني لياخذه من المشتري الاول بالثمن الاول
الا في رواية ابن سماعة عن محمد وظاهر الرواية الاول الوجه في المبسوط وفيه ان الكفار
لو اسلموا قبل ان يبيعوه لم يكن للقديم ان ياخذه قوله ولا يملك علينا اهل الحرب
بالغلبة الخاتمة بالاحراز بدار يم مدبرينا ولا امهات اولادنا ولا مكاتبينا ولا احرارنا
وملك نحن عليهم جميع ذلك لان السبب وهو الاستيلاء التام انما يفيد الحكم وهو الملك
لما يرد عليه في محله ومحله المال المباح والحر المسلم معصوم بنفسه وكذا من سواه ممن ذكرنا
من مدبرينا ومن بعدهم لانه يثبت الحرية فيهم من وجه مع الاسلام بخلاف رقابهم لان
الشرع اسقط عصمتهم جزاء على جنايتهم بالكفر والجناية من هؤلاء ويتفرع على عدم ملكهم
هؤلاء انهم لو اسروا ام ولد لمسلم او مكاتبا او مدبرا ثم ظهر على دارهم اخذه مالكه بعد
القسمة بغير شيء وبعوض الامام من وقع في قسمة من بيت المال قيمته ولو اشتري
ناحراز ذلك منهم اخذه منه بغير ثمن ولا عوض قوله واذا ابق عبد لمسلم او ذمي وهو
مسلم ودخل عليهم دار الحرب فاخذوه لم يملكوه عند ابي حنيفة وقالا يملكونه وبه قال
مالك واحمد لتحقق الاستيلاء على مال قابل للتملك محرز بدار الحرب وبه يتم الملك لهم وهذا
لسقوط عصمته لانها لحق المالك وقد زالت وصار كما لو ندت اليهم دابة اي شردت
من باب ضرب لا ان مصدره حاند وهاذا جاء على ند الناس وكما لو اخذوا العبد الابق او غير
الابق من دارنا اذا احرزوه حيث يملكونه فكذا هذا ولابي حنيفة ان العبد ظهرت يده
على نفسه وهذا لانه ادمي مكلف فله يد على نفسه ولهذا لو اشترى نفسه لغيره من مولاه
لم يكن لمولاه حبسه بالثمن لانه صار مقبوضا بمجرد عقده وانما سقط اعتبار يده لتحقق يد المولى
عليه تمكينا للمولى من الانتفاع وقد زالت يد المولى بمجرد دخوله دار الحرب فطرت يد العبد على

نفسه سابقه على يد اهل الحرب لان اخذهم اياه لا يدان يتراخى لحظة عن دخوله واذا سبقت يده
يدهم صار محصورا بنفسه فلم يبق محلا للملك خلاف الابق المتردد في دارنا اذا اخذوه لان يد المولى
قايمة عليه ما دام في دار الاسلام حكما لقيام يد اهل الدار فيمكنه الاستعانة على وجوده فالاشتداد
باق فيمنع ظهور يده على نفسه ولا كذلك المأذون في الدخول لان دخوله باذنه وهو على عزم
العود اليه وبخلاف الدابة التي ندت فانه لا يد لها على نفسها والضمير في قول المصنف لان سقوط
اعتبار اليد ولكن الواجب ان يقول اعتبار لانه لا يد على نفسه وقد يعاد على الظهور اي
سقوط اعتبار يده واذا لم يثبت لهم ملك فيه يأخذه المالك القديم بغير شيء سواء كان موهوبا منهم
للذي احرزه الى دار الاسلام او مشتريا منهم او مغنوما قبل القسمة وبعدها الا انه اذا اخذه بعد القسمة
يؤدي الامام عوضه من بيت المال للماخوذ منه لانه لا يمكن اعادة القسمة لتفرق الغانمين
وقد تعذر اجتماعهم وتفرق المال في ايديهم وايدي غيرهم بتصرف فيه تصرفا لا يخفى من الخرج وبيت
المال معد لنوائب المسلمين وهذا من نوائبهم ولانه لو فضل من الغنيمة شيء يتعذر قسمته كلؤلؤ
توضع في بيت المال فاذا التحق غلامه كان فيه ولا يعطى المشتري شيئا اذا كان اشتراه بغير اذن
المولى فان اشتراه باذنه رجع عليه بما اشتراه به وعندهما يأخذه بالثمن في المشتراة وبالقيمة
في الموهوب كما في الماسور غير الابق وانما قيدنا اول المسئلة بكون العبد مسلما لانه لو ارتد
فابق الينا فاخذوه ملكوه اتفاقا ولو كان كافرا من الاصل فهو في تبعا لمولاه وفي العبد اذا ابق
وكان ذكره في طريقه محمد الآبقة **قوله** وليس له اي الغازي او التاجر جعل الابق كالآبق
استحقاقه اذا اخذه ليرده فيكون عاملا له وههنا انما هو عامل لنفسه **قوله** وان ندت بعير
الينا فاخذوه ملكوه وجهه ظاهر فيتفرع على ملكهم اياه انه لو اشتراه رجل وادخله دار الاسلام
فانما يأخذه بالثمن ان شاء **قوله** فان ابق عبد الينا وذهب معه بفرس او متاع
فاخذ المشركون ذلك كله فاشتراه رجل ذلك كله فان المولى يأخذ العبد بغير شيء والمتاع
والفرس بالثمن عند ابي حنيفة وعندهما يأخذ العبد ايضا بالثمن انتهى وهذه متفرعة على
ملكهم العبد الابق الينا عندهما دونه واورد عليه انه ينبغي ان يأخذ الكل بلا شيء لان العبد
لما ظهرت يده على نفسه ظهر على ما في يده لانه مال مباح فيمنع ظهور يد الكفار عليه كما منعت
ظهور يدهم عليه نفسه بسبق اجيب بان غايته انه صار له يد بلا ملك لان الرق ينافيه
فبقي في يده كما لو كان مملوكا للغايب فيملكه باستيلاء وفيه نظر لان الفرض ان سبق اليد منع
استيلاء عنده فانما يملكون المال باباحته وانما يصير مباحا اذا لم يكن عليه يد لاحد والا ملكوا
العبد والعرض ان هذا المال عليه يد فيدفع الاستيلاء الموجب لاخراجه عن ملك من له فيه ملك
قائم **واجيب** ايضا بان يده ظهرت على نفسه مع المباني وهو الرق فكانت ظاهرة من كل
وجه واعتبرناها في حق نفسه دون المال ودفع بان استيلاء العبد على المال حقيقة وهو مال
مباح فينبغي ان يمنع استيلاء الكفار **قوله** واذا دخل الحربي دارنا بامان فاشترى عبدا
مسلما وادخله دار الحرب عتق عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يعتق لان الازالة كانت
متعينة حال كونه في دار الاسلام بطريق معين وهو البيع فانه اذا اشترى الكافر عبدا
مسلما يجبر على اخراجه عن ملكه بالبيع فان فعل والا باعه القاضي عليه ودفع ثمنه اليه
وقد تعذر الجبر عليه بتبقي عبد انى يده وبان الاحراز بدار الحرب سبب لثبوت ملكهم فيما لم
يكن ملكا لهم فاذا اخذوا عبدا مسلما من دار الاسلام ملكوه فاستحال ان يزول ملكه لانه تثبت
له قبل الاحراز حالة الاحراز لابي حنيفة ان الجبر على البيع في دار الاسلام ما كان الا لوجوب
تخليص المسلم عن ذلك الكافر فهو الواجب بالذات اجماعا ووجوب الجبر على البيع ليتوصل اليه

غير انه تعين احراجه بعوض بيعا طريقا لقيام امانه محرزا من العذر باخذ ماله ولا
لا عتقناه عليه فاذا زال امانه سقطت عصمة ماله بوجوده في دار الحرب وجب التخليص بالاعتاق
عليه غير ان اعتاق القاضي قد تعذر بحلوله في دار الحرب اذ لا ينفذ قضاؤه على من هناك فاقيم شرط
زوال عصمة ماله وهو دخوله دار الحرب مقام علة عتقه وهو اعتاق القاضي كما اقيم مضي ثلاث
حيض في دار الحرب مقام تفريق القاضي بعد عرض الاسلام عليه الاخر وانما له فيما اذا اسلمت المرأة
في دار الحرب بخلاف ما اذا لم يملكه في دار الاسلام لان المولى هناك استرداده فلما اعتقناه على الحربي
حين احرزه ابطلنا حق استرداد المسلم اياه الى رقه جبرا فكان ذلك مانعا للقضي عن عمله
وقول المصنف فيما اذا اسلم احد الزوجين في دار الحرب ليس بحيد لانه لو اسلم الزوج لا يفرق وعلى
هذا الخلاف اذا اسلم عبد الحربي ولم يهرب الينا دار الاسلام حتى اشتراه مسلم او ذمي او حربي في دار
الحرب يعتق عنده خلافا لهما لان العتق في دار الحرب يعتمد زوال القهر الخاص وقد عدم اذ زال
قهره الى المشتري فصار كما لو كان في يده وله ان قهره زال حقيقة بالبيع ولكن اسلامه يوجب ازالة قهره
عنه لا انه تعذر الخطاب بالازالة فاقيم ماله اثر في زوال الملك مقام الازالة وهو البيع **قوله**
واذا اسلم عبد حربي ثم خرج الينا او اسلم ولم يخرج حتى ظهر على الدار فهو حر وكذا اذا خرج عبيد
الى عسكر المسلمين مسلمين ولا يعلم فيه خلاف بين اهل العلم لما روى ابو داود مسندا الى علي رضي الله عنه
قال خرج عبدان الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الحديبية قبل الصلح فكتب مواليهما الى رسول الله
صلى الله عليه وسلم فقالوا يا محمد ما خرجوا رغبة في دينك وانما خرجوا هربا من الرق فقال ناس صدقوا
يا رسول الله ردهم عليهم فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه قال هم عتقاء الله وفيه احاديث قدمنا
ومنها اسلام عبيد الطايف ومنهم ابو بكرة والمنبعث تقدم في كتاب العتق فليرجع اليه فهذا دليل عمومهم
اذا خرجوا مسلمين واما مشتهم اذا ظهرنا على الدار بعد اسلامهم فلانه لما التحق بمنعة المسلمين صار كانه
خرج اليهم في انه امتنع بهم قوله واعتباره بما اخره جواب مقدر وهو انه لم يعتق بمجرد اسلامه في دار
الحرب اتفاقا وانما الخلاف فيما اذا عرضه للبيع فباعه فتقرر وجوب يد الغانمين على ماله فصار كما لو
الاسلام لا بنفسه استرقاقهم **اجاب** بان للعبد يدا على نفسه على ما تقدم وانما لم يظهر لحق
المولى ليتمكن من الانتفاع ثم هي اسبق من يد المسلمين اما في المولى الكافر فيستحق الحكم بعتقه
تخليصا للمسلم من ذل الكافر لان محمدا اصل اليد لا يكفي ما لم يتأكد اذ لا قدرة بدونه فكانت منعة
الغانمين هي الموكدة لها فيعتق هذا ولو اسلم العبد ولم يخرج الينا ولم يظهر على الدار فهو رقيق
الى ان يشتريه مسلم او ذمي فيعتق **قال** في شرح الطحاوي بعد قوله ولا يثبت
ولاء اي ولا يثبت ولاء العبد الخارج الينا مسلما لاحد لان هذا عتق حكمي وان لم يخرج الينا ولم يظهر
على الدار لم يعتق الا اذا عرضه المولى للبيع من مسلم او كافر فحينئذ يعتق العبد قبل المشتري
البيع اولم يقبل لان العبد استحق حق الاعتاق بالاسلام لكنا نحتاج الى سبب لخروج به
ملكه منه ولما عرضه فقد رضي بزوال ملكه وقيد المراغمة بحترزية عما لو خرج باذن مولاه
او باسره كحاجته فانه اذا خرج كذلك فاسلم في دارنا حكمه ان يبيعه الامام ويحفظ ثمنه لمولاه
لحربيته لانه لما دخل بامان صارت رقبته داخلة فيه كما لو دخل سيده به وباعه من المال
فروع لو جنى عبد جناية خطأ او افسد متاعا فلزمه دينه ثم اسر العدو واسلموا
عليه فهو لهم كقوله صلى الله عليه وسلم من اسلم على مال فهو له ثم تبطل الجناية دون الدين لان حق
ولي الجناية في الرقبة وهي باقية بعد زوال ملك المولى حتى لو زال ملكه بالبيع والهبة لا يبقى فيه
حق ولي الجناية واما الدين في ذمته فلا يبطل عنه بزوال ملك المولى كما لا يبطل ببيعه ولو اشتراه
رجل او اصابه المسلمون في الغنيمة فاخذوا المولى فكل من الجناية والدين عليه لانه بيعه او الى

قديم ملكه وحق ولي الجناية كان ثابتا في قديم ملكه ولو كانت الجناية قتل عمد لم يبطل عنه بحال كان
المستحق به نفسه فلا يبطل بزوال ملك المولى كما لو اعتقه او باعه بعد لزوم القصاص ولو وقع العبد
المأسور في سهم رجل او اشتراه فاعتقه قبل ان يحضر المولى فقد ولا سبيل عليه للمولى القديم
لانه لم يبق قابلا للنقل من ملك الى ملك فكان ولاه لزم للمعتق محلي وجه لا سبيل للمولى ابطاله ولو كانت
امة فتزوجها وولدت من الزوج ثم اعتق القديم ان باخذها وولدها لانها بالولادة من الزوج لم تخرج
من كونها قابلة للنقل والولد جزء من عينها فيثبت له حق الاخذ بخلاف حق الواهب في الرجوع ان
لا يثبت في الولد لانه حق ضعيف في العين الا ترى انه لا يبقى بعد تصرف الموهب له والحق الضعيف
لا يعدو محله والولد وان كان جزءا في المال محل احرز بخلاف حق المولى فانه قوي لا يبطل ببيعه وهبته
فيسري الى الولد وليس له فسخ النكاح لانه يتمكن من الاخذ فلا فسخ والنكاح الزم من سائر التصرفات
فلا يتمكن من نقضه ولا سبيل للمولى على ما اخذ من عقرها وارش جناية عليها ولو لم يزوجها المشتري
فله وطؤها قبل ان باخذها المولى وثبوت حق اخذه لا يمنع وطئ المالك ولو اسرد واجارية مرهونة
بالف وهي قيمتها واشتراها رجل بالف اخذها مولاها الراهن لها ولم تبق رهنا لانها ناقصة
في حق المرتهن فهو كالمجدد لملكها ولا باخذها المرتهن الا ان يرد على الراهن الالف وان كان
الثمن اقل من الالف وان كان الثمن اقل من الالف كان للمرتهن ان يودي ذلك الثمن فيكون رهنا
عنده لانه قيد ولو اسلم على ما اخذه من مال المسلمين لا سبيل عليه للمالك القديم وكذا اذا اصاروه
وكذا اذا باعه من حربي اخر ولو خرج الينا بامان ومعه ذلك المال لا سبيل عليه الا انه اذا كان عبدا
يجبر على بيعه من المسلمين لانه عبد مسلم ولا يمكن الحربي من اعادته الى دار الحرب واذا له ولو اسروا
جارية ووديعة عند رجل او عارية او اجارة فحين الاخذ اذا اخرجت بشراء او غنيمة لما لكها كان
ثبوت حق الاسترداد للمالك لا لليد وبخلاف الغاصب من المودع ومن ذكرنا لكل من هو كالاستيداع
منه لان كلا منهم قام مقام المالك في حفظه ولم يزل ملك المالك بخلاف الاحراز بدار الحرب ولو كانت
متزوجة لا يبطل النكاح لان غاية احرازهم ان يملكوها ونقل الملك لا يبطل النكاح كالبيع والباين
القاطع له هو تباين حقيقته وحكما في دار الاسلام حكما وان كانت في دار الحرب حقيقة والله اعلم

باب المستأمن

اخره عن الاستيلاء لان الاستيلاء للقهر يكون والاستيمان
بعد القهر فاورده كذلك وتقدم استيمان المسلم على الكافر ظاهر **قوله** واذا دخل المسلم دار
الحرب تاجرا فلا يحل له ان يتعرض لشيء من اموالهم ودمائهم لانه بالاستيمان ضمن لهم ان لا يتعرض
لهم فاخلافه عذر والعذر حرام بالاجماع وفي سنن ابي داود عنه صلى الله عليه وسلم ان الغادر
ينصب له لواء يوم القيمة فيقال هذه غدرة فلان وتقدم قوله صلى الله عليه وسلم لا تمثلوا ولا
والسرايا لا تقتلوا ولا تغدروا وبهذه وصيته لهم ولهذا قلنا فيما لو قتلت طائفتان من اهل
الحرب في دارنا وبيننا وبين كل منهم موادعة ليس لنا ان نشتري من الطائفة الغالبة
شيئا من الاموال التي غنموها لانهم لم يملكوها لعدم الاحراز بدار الحرب فكان شراؤنا غدرا بخلاف
ما لو اقتتلوا في دار الحرب فانه يحل لنا الشراء والشرط الاحراز بدار الحرب لا بدارهم خصوصا
ولو كانوا اقتتلوا في دار الحرب فانه يشترط ان يحرزوها الغالبون بدارهم ان كانوا لا يدينون
ان من قهر احرز بنفسه او ماله ملكه وان كانوا يدينون فلا فانهم قالوا لو دخل مسلم دار الحرب
بامان فجاء رجل بامه او ابنه او ام ولده ونحو ذلك ليبيعه منه فاكثر المشايخ على منعه وقال الكرخي
ان كانوا يدينون ذلك جاز شراؤه منه والعامة يقولون ان كانوا يدينون ان من قهر احرز
ملكه فهو اذا ملك هو لا يحتفون عليه فيصيرون احرارا فيمتنع بيعهم ولو جاز بيعض احرارهم
قالوا ان كانوا يدينون ان من قهر شخصا ملكه جاز شراؤه منه والعامة على ان هذا ليس فيه احراز

بدار اخرى على دار المقهور وقوله الا اذا غدروهم ملكهم فاخذ اموالهم الى اخره واستثنى من
قوله لا يحل له ان يتعرض لشيء من اموالهم ودمائهم وكذا قوله بخلاف الاسير المسلم ايضا وقد صرح
به حيث قال فيباع له التعرض وان اطلقه وتركه في دارهم طوعا واعتقوه لانه لم يستأمن
ومنهم لا عبرة به لانهم لم يملكوه فله ان يقتل من قدر عليه سبيه او غيره ويأخذ ماله ويملكه ملكا
خبيثا فيه فان غدروهم التاجر فاخذ شيئا واخرجه الى دار الاسلام ملكه ملكا محظورا لعدم ورود
الاستيلاء على مال مباح عند عدم الاحراز لانه سبب محرم فاورث خبثا فيه فيجب التصدق به
كملك المغصوب عند الضمان وانما يملك مع حرمة مباشرته لسبب الملك لان الحظر لغيره لا يمنع
انعقاد سبب الملك كالبيع الفاسد وقوله على ما بينا يريد ما تقدم من قوله المحظور لغيره
اذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك الى اخره وسبيل ما يملك بطريق المحرم التصدق به حتى لو كان
الماخوذ غدرا اجاريا لا يحل له وطؤها ولا لمشتري منه بخلاف المشتراه شراء فاسدا فان حرمة
وطئها على المشتري خاصة ونحل للمشتري منه لان المنع فيه لثبوت حق البائع في الاسترداد وبيع
المشتري انقطع حقه ذلك لانه باع بيعا صحيحا فلم يثبت له حق الاسترداد وهذا للكراهة للغدر
والمشتري الثاني كالاول وفيه اما لو سبى قوم اهل الدار التي هو فيها جاز له ان يشتريهم من الذي
لانهم ملكوها باحراز دارهم كما نوا على اصل الاباحة في حقه وانما منعه الغدر وليس ذلك غدرا

فروع قليس من المبسوط لو غار قوم من اهل الحرب على اهل الدار التي فيها المسلم المستأمن
لا يحل له قتال هؤلاء الكفار لانه ان خاف على نفسه فان القتال لما كان تعريضا لنفسه على الهلاك
لا يحل الا لذلك او لاعلاء كلمة الله وهو اذا لم يخف على نفسه ليس قتاله لهؤلاء الا اعلاء الكفر ولو اغار
اهل الحرب الذين فيهم مسلمون مستأمنون على طائفة من المسلمين فاسروا دارهم فروا بهم
على اولئك المستأمنين وجب عليهم ان ينعقضوا عهودهم ويقاتلوهم اذا كانوا يقدرون عليه لانهم
لا يملكون رقابهم فتقدير يدهم في ايديهم تقدير بيد الظلم ولم يضف اذلك لم يخالف الاموال لانهم ملكوها
باحراز وقد ضمنوا لهم ان لا يتعرضوا لاموالهم وكذا لو كان الماخوذون ذراري الخوارج لانهم
مسلمون **ومن فروعه** لو تزوج في دار الحرب منهم ثم اخرجها الى دار الاسلام فقد املكها فينفسخ
النكاح ويصح بيعه فيها وان طاوعته فخرجت طوعا معه لا يصح بيعه لانه لم يملكها واعلم انهم اختلفوا في تصوير
ما اذا اضمر في نفسه انه يخرجها ليبيعها ولا بد منه فانه لو اخرجها كرها لهذا الغرض لا تنفاده
ان له ان يذهب بزوجته حيث شاء اذا وفا بالمحل مهرها ينبغي ان لا يملكها **قوله** واذا دخل
المسلم دار الحرب بامان فاذا انه حربي واذان هو حربيا او غضب احدهما صاحبه ثم خرج
المسلم الينا واستأمن الحربي فخرج ايضا مستأمنا لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشيء اما الاداء
فلان القضاء يعتمد الولاية وقت الاداء ليس واحد منهما والوقت القضاء على المستأمن لانه و
ما التزم احكام الاسلام فيما مضى من افعاله وانما التزم في المستقبل ولان ينبني بانه يجب عليه
القضاء فيما بينه وبين الله تعالى وهذا لقاصر كما ترى لا يشمل وجه عدم القضاء على المسلم ولذا قال
ابو يوسف رحمه الله يقضى على المسلم وعدم القضاء كما في الهداية قول ابي حنيفة ومحمد واستدل كل قولهما
بان المسلم ملتزم احكام الاسلام مطلقا وحاربا لو خرجا مسلمين وكون ابي حنيفة اعتبر ديانة كل
منهما عند القضاء هو ايضا مما يحتاج الى موجب **واجاب** في الكافي بان ذلك للتسوية بين الخصمين
والا فحق ضعيف فان وجوب التسوية بينهما ليس في ان يبطل حق احدهما بلا موجب لوجوب ابطال
حق الاخر بموجب بل انما ذلك في الاقبال والادناء منه والاجلاس ونحو ذلك والاداء البيع بالدين
والاستدانة لا يشبه بالدين واما لانه لا ينقضي بالغصب لكل منهما فلانه صار ملكا للذي غصبه
سواء كان الغاصب كافرا في دار الحرب او مسلما مستأمنا على ما بينا اي في باب استيلاء الكفار من ان

الاستيلاء ورد على بالاباحة لان الغدر من ان كلامنهما خرج الى دار الاسلام وفي غصب المسلم اذا دخل واحدا واثنان مخيرين دار الحرب الى آخره الا ان المسلم المستامن من الغاصب لمال الحربي يومر بالرد افتاء لاقضا لتنوع معصية الغدر وفي كلام المصنف اشارة اليه كما تري وكذا لو كانا حربيين فعلا ذلك اي اذا ان احدهما صاحبه او غصبه ثم خرجا الينا مستامنين لما قلنا فان خرجا مسلمين وقد ان احدهما الاخر او غصبه يقضي بالدين بينهما خاصة دون الغصب اما القضاء بالمداينة اي بالدين فلانهما حين وقعت وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضي والولاية ثابتة حالة القضاء عنزاعهما باحكام الاسلام فان رجع احدهما على الاخر اذا لم يقض لاحدهما دون الاخر بل سوينا بينهما وعلى قول ابي يوسف لا يحتاج الى هذه العلاوة اذ يقضي للحربي على المسلم على قوله كما ذكرنا انفا واما الغصب فانه لا يقضى به لانه لا تلاقه فيما ملكه واخبث في ملك الحربي يومر بالرد وفيه الاشارة الى ما قدمنا ذكرها **قوله** واذا دخل المسلم فغصب حربيا ثم خرجا مسلمين الى آخره عرف احكامها مما تقدم **قوله** واذا دخل مسلمان دار الحرب بامان فقتل احدهما صاحبه عمدا او خطا فعلى القاتل عمد الدية في ماله وعلى القاتل خطا الدية في ماله ايضا وعليه الكفارة هكذا في عامة النسخ من شروح الجامع الصغير بلا ذكر خلاف وذكر قاضي خان في الجامع الصغير ان هذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد عليه القصاص في العمد كقول الشافعي ومالك واحد لانه قتل متحصنا معصوما بالاسلام عدوانا وذلك موجب القصاص وكونه في دار الحرب لا اثر له في سقوط ذلك عند الله تعالى ولابي حنيفة انه ملكثر سوادهم من وجه ولو كثرة من كل وجه فان كان مستوطنا هنالك لا يكون معصوما فاذا كان مكثرا من وجه تمكنت الشبهة في قيام العصمة فلا يجب القصاص وذكر شمس الائمة الحلواني في العمد عن ابي يوسف من رواية الاملاء ان المسلم حيث يتفرد باستيفائه من غير حاجة الى ولاية الامام ووجه الظاهر سيدرج فيما سيذكر **قال** المصنف اما الكفارة يعني في الخطا فلاطلاق الكتاب يعني قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا خطا فتحرير رقبة ووجوب الدية لان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل تعارض الدخول الى دار الحرب بامان وانما يجب القصاص في العمد لانه لا يمكن استيفاؤه الا بمنعة والمنعة دون الامام وجماعة المسلمين ولم يوجد ذلك في دار الحرب فلا فائدة في الوجوب واذا سقط القصاص وجبت الدية لانه لستوطنه تعارض تعارن للقتل فتقلب كقتل الرجل ابنه ولا يخفى ان المراد انه ليس على الامام اقامته اذا طلب الولي تمكينه منه ولا يحل لولي المقتول قتل القاتل اذا قدر عليه لان القتل لم ينعقد سببا موجبا للقصاص وهو مشكل لان كون الولاية قاصرة وقت السبب لا تمنع من القضاء عند الطلب اذا كانت ثابتة عنده كما لو رفع الى قاض مطالبة بثمن مبيع صدر البيع فيه قبل ولاية القاضي فان ولايته منعدمة عند السبب وعليه ان يقضي بالثمن عند المرافعة لان العصمة الموتة بالاسلام قائمة والقتل العمد وان ثابت وهو السبب والمانع وهو سقوط الامام منتف لما ذكر عن ابن يوسف ان الاقامة ينفرد بها الولي فمنعه منه خلل الدليل فالاقرب ما تقدم من ثبوت الشبهة المسقطة للقصاص بتكثير سوادهم من وجه على ما فيه اذ يمنع كون ذلك شبهة توجب السقوط او ان دار الحرب دار اباحة فالكون فيها شبهة دارية وقد يقال ان تسليم كون الاتري ان من قتل رجلا قال له اقتلني لا قصاص عليه مع ان اباحة الشرع قتله لم تحصل بقوله ذلك بل اباحة من جهته وقد جعل ذلك مانعا الا ان يمنع عدم القصاص في قوله اقتلني فان قيل ماذكرتم مخالف لاطلاق قوله تعالى كتب عليكم القصاص والنفس بالنفس فالجواب انه عام مخصوص بالقتل خطا فانه قتل وليس يجب فيه قصاص ونحو ذلك فجاز تخصيصه بالمعنى انفا قال وانما تجب الدية في ماله في العمد لان العواقل لا تعقل العمد وفي الخطا انما يجب اتفاقا في ماله لان وجوبها على العاقلة بتركهم وتقصيرهم

في حفظ القاتل ومنعه ذلك ولا تقصير منهم في ذلك اذا كان في دار الحرب **قوله** وان كانا اي المسلمان اسيرين فقتل احدهما صاحبه او قتل مسلم تاجرا اسيرا فلا شئ على القاتل من احكام الدنيا الا الكفارة في الخطا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وانما عليه عقاب الاخرة في العمد وقالا في الاسيرين الدية في الخطا والعمد لان العصمة لا تبطل بعارض الاسر كما لا تبطل بالاستيمان على ما بيناه من قوله لان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل بعارض الدخول فكان الاسيران كالمستامنين واما امتناع القصاص فلعدم المنعة كما ذكرنا وجب الدية في ماله لما قلنا ان العواقل لا تعقل العمد هذا وقياس ما نقل قاضي خان عنهما في المسلمين المستامنين من وجوب القصاص في العمد ان يتوكا به في الاسيرين لان الوجه بينهما ولابي حنيفة وهو الفرق بين الاسيرين والمستامنين ان بالاسر صار تبعا لهم لصيرورته مقهورا في ايديهم حتى يصير متيما بانعامهم ومسافرا بسفرهم فيبطل به الاحراز اصلا لان الاصل غير معصوم فكذا تابعه وصار كالمسلم الذي لم يهاجر الينا في سقوط عصمته الدنيوية بجامع كون كل منهما مقهورا في ايديهم وانما خص الكفارة بالخطا لانه لا كفارة في العمد عندنا كما يعرف في موضعه ان شاء الله تعالى هذا والاقرب ان يجري فيهما حديث الشبهة كما تقدم مرارا على ما فيه **قوله** واذا دخل الحربي الينا مستامنا فلم يمكن ان يقيم في دارنا سنة ثم يرجع بل يقول له الامام ان اقمت تمام السنة وضعت عليكم الجزية واصل هذا ان الحربي لا يمكن من اقامة دائمة في دارنا الا بالاسترقاق او بالجزية لانه يصير عينا لهم اي جاسوسا وعونا علينا فتلحق المضرة بالمسلمين ويمكن بالاقامة اليسيرة لان في منعها قطع الميرة والجلب وهو جلب من حيوان وغيره فصلنا بين البداية واليسيرة بسنة لانها من تجب فيها الجزية فان رجع قبلها فلا سبيل عليه وان اقام بعد تقدم الامام اليه اي قوله لما يعتمد في ضرب الجزية عليه مما ذكرنا ولا يمكن بعد ذلك من العود الى داره لان عقد الذمة لا ينقض اذ فيه قطع الجزية وتقبيره وولده حربا علينا وفيه مضرة بالمسلمين ولا ناخذ منه جزية للسنة التي اقامها الا ان قال له ان اقمتها اخذت منك الجزية وقوله بعد تقدم الامام يفيد اشتراط تقدم الامام اليه في منعه من العود اذا اقام سنة وجه صوح العتابي فقال لو اقام سنين بغير ان يتقدم اليه الامام فله الرجوع وظاهر المبسوط يدل على ان تقدم الامام ليس بشرط لصيرورته ذميا فانه قال ينبغي للامام ان يتقدم اليه فيامره على ان قال وان يقدر سنة فالمعتبر القول وليس بلازم لانه يصدق بقوله له ان اقمت طويلا منعناك من العود فان اقام سنة منعه وفي هذا اشتراط التقدم غير انه لم يوقت له مدة خاصة والوجه ان لا يمنعه حتى يتقدم اليه ولا ان يوقت من قليلة كالشهر والشهرين ولا ينبغي ان يلحقه عسر او تقصير الا ترى انه جعل له معاملات تحتاج في اقتضائها الى مدة مديدة

فروع لو مات المستامن في دار الاسلام عن مال ورثته في دار الحرب وقف ماله لورثته فاذا قدموا فلا بد ان يقيموا البينة على ذلك فياخذوا وان اقاموا بينة من اهل الذمة قبلت استحسانا لانه لا يمكنهم اقامتها من المسلمين لان انسابهم في دار الحرب لا يعرفها المسلمون فصار كشهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال فاذا قالوا لا نعلم له وارثا غيرهم دفع اليهم المال واخذ منهم كفيلا لما يظهر من المال من ذلك قيل هو قولهما لا قول ابي حنيفة كما في المسلمين وقيل بل قولهم جميعا ولا يقبل كتاب ملكهم ولو ثبت انه كتاب واذا رجع الى دار الحرب لا يمكن ان يرجع معه بسلاح اشتراه من دار الاسلام بل الذي دخل به فان باع سيفه واشتري به فرسا او رمحا لا يمكن منه وكذا لو اشتري سيفا احسن منه وان كان مثل الاول او دونه يمكن منه ومن وجد في دارنا بلا امان فهو ومامعه فان قال دخلت بامان لم يصدق واخذ ولو قال انا رسول فان وجد معه كتاب يعرف انه كتاب ملكهم بعلامة تعرف ذلك كان امنا فان الرسول لا يحتاج الى امان خاص بل يكونه رسولا يامن وان لم يعرف فهو زور فيكون هو ومامعه فيأ واذا دخل دار الاسلام بلا امان فاخذه واحد من المسلمين لا يختص به عندنا

حنيفة بل يكون نبأ لجماعة المسلمين وهو رواية بشر عن ابي يوسف وظاهر قول ابي يوسف وهو قول
محمد يختص به ولو دخل الحرب قبل ان يوخذ فعند ابي حنيفة يوخذ ويكون فيأ للمسلمين وعلى قولهما
لا وكذا لا يطعم ولا يسقى ولا يوذى حتى يخرج **قوله** وان دخل الحربي دارنا بامان واشترى ارضا خراج
فاذا وضع عليه الخراج صار ذميا وكذا لو اشترى عشريه فانها تستمر عشرية على قول محمد فانها وظيفة
مستمرة وعلى قول ابي حنيفة تصير خراجيه فتوخذ منه جزية سنة مستقبلة من وقت وضع الخراج وتثبت
احكام الذمي في حقه من منع الخروج الى دار الحرب وحرمان القصاص بينه وبين المسلم وضمان المسلمة
غصبا وخنزيره اذا اتلفه ووجوب الدية عليه اذا قتله خطا ووجوب كف الاذى عنه فيحرم غيبته
كما يحرم غيبة المسلم فضلا عما يفعله السفهاء من ضعفه وشتمه في الاسواق ظلما وعدوانا وهذه الاحكام
للجملة التي عليها المصنف والجم الكثير والمراد بوضع الخراج الزامه به واخذه منه عند حلول وقته ومنذ
باشر السبب وهو زراعتها او تعطيلها مع التمكن منها اذا كانت في ملكه او زراعتها بالاجارة وهي في ملك غيره
اذا كان خراج مناسبة فانه يوخذ منه لان المالك فيصير به ذميا بخلاف ما لو كانت الارض التي
استاجرها خراجا على مالكها فانه لا يصير ذميا اذا حل وقت الاخذ لعدم الاخذ منه وكذا اذا اخذ منه و
العشر على قول محمد ولا يظن بوضع الامام وتوظيفه ان يقول وظفت عليك هذه الارض الخراج ونحوه
كان الامام قط لا يقول شيئا من كل قطعة ارض كذلك بل الخراج من حين استقر وظيفة الاراضي المعلومة
استمر على كل من صارت اليه نعم لا يصير ذميا بمجرد شرائها كما قيل لانه به التزمه لانه غير لازم لجواز
انه اشتراها للتجارة فلا يحكم بالذمة عليه بمجرده حتى يزول هذه الاحتمالات باستمراره فيه حتى يوخذ
منه الخراج بتعطيلها او زراعتها **قوله** واذا دخلت حربيه دارنا بامان فتزوجت ذميا صارت
ذمية فلو تزوجها مسلما اولا ومكسه ما لو دخل حربي فتزوج ذمية لا يصير ذميا كما قال به الائمة
اللاتة في الحربية ايضا قياسا على الرجل ونحن بينا الفرق بان تزوجه ليس دلالة التزامه المقام
فان فيه طلاقها والمضي عنها خلافها فحين اقدمت عليه كانت ملتزمة ما يأتي منه ومنه عدم الطلاق
وسيأتي ان الخروج الى دارها فتصير ذمية فيوضع الخراج على ارضها ونحو ذلك **قوله** ولو ان حربيا دخل دارنا
بامان ثم عاد الى دار الحرب وترك وديعة عند مسلم او ذمي او دين في ذمتهم فقد صار ذمه مباحا بالعود
وما في دار الاسلام من ماله له ما دام حيا وان مات فهو لورثته وكذا اذا قتل من غير ان تظهر على
دارهم فاما اذا مات في دار الاسلام لان ماله مشمول بامانا ما دام في دارنا وفي قال الشافعي واحمد
فان قيل ينبغي ان يصير فيأ كما اذا اسلم الحربي في دار الاسلام وله وديعة عند مسلم في دار الحرب ثم
ظهر على دارهم يكون فيأ ولا يكون لورثة المودع كيده في دار الاسلام اجيب بالفرق بان مالي دار الحرب
معصوم من وجه لا من كل وجه فان دار الحرب دار اباحة لا عصمة فلا يصير معصوما بالشك بخلاف
ما في دار الاسلام ينبت من كل وجه فينبغي ان ثبت المنزل وهو ان يصير نفسه معتوما وماله وذلك
بان يموت او يظهر على داره فيقتل فحينئذ تصير الوديعة فيأ لعامة المسلمين توضع في بيت
المال لانها في يده تقديرا فاذا اغتنم غنمت ثم هذا ظاهر الرواية لذلك بل من وجه كما ذكرنا وعن ابي
يوسف انها تختص بالمودع لما ذكر المصنف ان الدين واما الدين فيسقط عمن في ذمته لان ثبوت يده
عليه منتف اذ قد صار ملكا للمديون وانما هي تابعة باعتبار ثبوت حق المطالبة وقد سقطت
باستغنامه فسقط الدين واذا عرفت هذا ظهر لك ان اختصاص المديون به ضروري غير محتاج
الى تعليله بانه سبقت يده اليه **قوله** وما اوجف المسلمون عليه من اموال اهل الحرب بغير قتال
ايما الملوا خيلهم وركابهم في تحصيله بلا قتال والوجف والوجيف ضرب من سير الابل والخيل
ويقال وجف البعير وجفا ووجيفا واوجفته اذا حملته على الوجيف يصرف في مصالح المسلمين
كما يصرف الخراج وذلك الجزية في عمارة الثغور والجسور وسد الثغور وكري الانهار العظام التي لا ملك

لاحد فيها كجيحون والفرات والدجلة والى ارزاق القضاة والمحتسبين والمعلمين والمقاتلة وحفظ
الطريق من اللصوص فلا يختص به ولا يبقى منه احد قالوا هذا مثل الاراضي التي اجلوا اهلها
عنه والجزية والخمس في ذلك وقال الشافعي فيأ وفي بعض النسخ فيأ اي الارض والجزية والخراج الذي
تقدم ذكره في قوله كما يصرف الخراج ويقال اجلا السلطان القوم وجلاهم يتعدى بلا همزة اي اخرجهم
فجلوا اي خرجوا واجلا القوم ايضا خرجوا فكل من ذي الهمزة وعدمها يتعدى ولا يتعدى ومذهب
الشافعي ان كل مال اخذ من الكفار بلا قتال عن خوف او اخذ منهم للكف عنهم بخمس وما اخذ من غير خوف
كالجزية وعشر التجارة ومال من مات ولا وارث له ففي القديم لا يخمس وهو قول مالك وفي الجديد
يخمس ولاحمد في التي روايتان في الظاهر منها لا يخمس ثم هذا الخمس عند الشافعي يصرف الى من
يصرف اليه خمس الغنيمة عندنا على ما مر وذكروا ان قوله في الجزية مخالف للاجماع قال الكرخي
ما قال به احد قبله ولا بعده ولا في عصره ووجه قوله العباس على الغنيمة جامع انه مال ماخوذ من
الكفار عن قوة من المسلمين واستدل المصنف بعمله صلى الله عليه وسلم فانه اخذ الجزية من مجوس هجر
ونصارى نجران وفرض الجزية على اهل اليمن على كل حالم دينارا ولم ينقل نقل في ذلك انه خمسه
بل كان بين جماعة المسلمين ولو كان لنقل ولو بطريق ضعيف على ما قضت به العادة ومخالفة
ما قضت به العادة باطل فوقوعه باطل بل قد ورد فيه خلافه وان كان فيه ضعف اخرجه
ابو داود عن بن كعب بن عدي الكندي ان عمر ابن عبد العزيز كتب اليه يسأله عن مواقع
النبي ما حكم به عمر ابن الخطاب رضي الله عنه فراه المومنون عدلا موافقا لقول النبي صلى الله
عليه وسلم جعل الله الحق على لسان عمر وقلبه فرض الاعطية وعقد اهل الاديان ذمة بما فرض
عليهم من الجزية لم يضرب فيها بخمس ولا مغنم واما ما في السنن عن عمر رضي الله عنه كانت اموال بني
النضير مما افاء الله على رسوله مما لم يوجف المسلمون عليه بخيل ولا ركاب فكانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم
خالصة ينفق على اهله سنته فما بقي جعله في الكراع والسلاح عدة في سبيل الله فمعناه
ان الفرق فيما كان اليه كيف شاء يوجه ما ذكرنا لان مصارف بيت المال اذا كان لم تكن اكثر
من نفقة الائمة والآلات اجرا من الكراع والسلاح وهو نفقته صلى الله عليه وسلم اذ لم يكن
اذ ذاك قضاة وجسور وقناطر واما نفقة الفقراء الحاجرين فمحتى نقطع بانه كان يفعل
ما تحققت له اذ لي قدرة عليه واما التاسيس في تقرير المصنف دفعه وهو قوله ما خوذ بقوة
المسلمين من غير قتال بخلاف الغنيمة لانه مملوك لكل من مباشرة القاتلين وقوة المسلمين فاستحق
الخمس معنى واستحق الباقي للقاتلين معنى وفي هذا السبب واحد وهو ما ذكرنا من الرعب
الحالي عن القتال فلم يكن لاحد منهم مستحقون بجهتين بل استحقاقه بجهة واحدة **قوله**
واذا دخل الحربي دارنا بامان وله امراة في دار الحرب واولاد صغار وكبار ومال اودع بعضه
وميا وبعضه حربيا وبعضه مسلما فاسلم هاهنا اي في دار الاسلام ثم ظهر على البنا للمفعول
على دارهم فذاك كله في اما المراة والاولاد الكبار فانهم حربيون فليسوا بابناع للذي خرج لانهم كبار
وكذا اما في نظر لو كانت عاملة فيما مر قوما في باب قسمة الغنايم من انه جزوها اما اولاده
الصغار فلان الصغير انما يصير مسلما تبعا باسلام ابيه اذا كان في يده وتحت ولايته ومع تباين الدارين
لا تحقق ذلك وكذا اموالها لا تصير محرزة بما حرازه نفسه بالاسلام باختلاف الدارين فبقي الكل
فيأ فاما اذا اسلم في دار الحرب ثم جاء الينا فظهر على الدار وباقي الصورة بحالها فاولاده الصغار
احرار مسلمون تبعا لابيهم لانهم كانوا تحت ولايته حين اسلم ولو كان في بلدة اخرى غير البلدة التي هم
فيها اذ الدار واحدة وما كان له من مال اودعه مسلما او ذميا فهو سالم له لانه في يد محترمة وبده
كيده لانه نائب عنه في الحفظ بخلاف ما لو كان في يدها غصبا فانه يكون فيأ لعدم النيابة

وعند ابي يوسف ومحمد يجب ان لا يكون فيئا لهما كان من غصب عند حربي وهو كقول الائمة الثلاثة
وتقدمت هاتان المسئلتان مع اخريين في باب الغنائم مستوفى **قوله** واذا اسلم الحربي
في دار الحرب فقتله مسلم عمدا او خطأ وله ورثة مسلمون صالحون استيفا القصاص الدية فالتي
على القاتل الكفارة في الخطأ وقال الشافعي تجب الدية في الخطأ والقصاص في العمد وهو قول مالك
واحمد لانه ازال دما معصوما بالاسلام لكون الاسلام مستحقا للكرامة وهذا لان العصمة اصلها العصمة
المؤبدة لحصول اصل الزجر بها اي بالعصمة ولو قال به اي بالاثم كان احسن والعصمة المقومة
كما فيه اي في اصل العصمة لكمال الامتناع به اي بالتقوم على المنتهك لها فتعلق هذه العصمة بما علق
به الاصل اعني المؤبدة وقال صلى الله عليه وسلم فاذا قالوها عصموا مني دماءهم واموالهم فتضاف العصمة
اليها كلها وذكر بالمقومة والمؤبدة ولنا قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير
رقبة فانه بفتح قتل الخطأ ولم يستدل على منع القصاص في العمد اكتفاء بما ذكر في المسئلة من دلالة
الآية لانه تعالى افاض في تفاصيل موجبات القتل الخطأ فقال سبحانه وتعالى ومن قتل
مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله الا ان يصدقوا فاوجب الدية والكفارة
ثم قال فان كان اي المقتول من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة واقتصر عليه فعرف انه
تمام الموجب لانه مفيض في بيان حكم قتل المسلم الكائن من قوم عدو لنا فقال موجبه كذا ولم يزد
عليه فكان كل الموجب والا لم يكن بيانا لموجبه بل لبعض موجبه وزاد المصنف وجها اخر قدمه
على هذا الوجه وهو قوله رجوعا الى حرف الفاء وتقريره ان الفا للجزا والجزا هو الكافي فيما اجزا فلان
اي كفى وهو سهو لان لفظ الجزا المحمول يعني الفا لفظ اصطلاحي اي جعلي لان اللغة وضعت
لفظ الفا لمعنى لفظ الجزا حتى يقال للجزا الذي هو معنى الفا الكافي بل المراد بقولنا الجزا الفا للجزا
اي دالة على ان ما بعدها مسبب كما قبلها فسمي المسبب جزا اصطلاحا لغة فليتامل ولان العصمة
الموثقة في الاصل بالاداء لا بوصف الاسلام لانه خلق متحملا اعبا التكليف والقيام بها
لا يمكن الا مع حرمة التعرض وانما زالت بعارض الكفر فاذا انتفى عادت بخلاف الاموال
لانها خسب الاصل مبتذلة لانها خلقت للانتفاع بها والعصمة المقومة بالعكس فالاموال هي الاصل
فيها النفوس لان التقوم يؤذن بجبر الفائت ومن شرطه التماثل وهو في المال لا النفوس
فكانت النفوس تابعة في العصمة المقومة للاموال ثم العصمة المقومة للاموال بالاحراز
بالدار لان العزة بالمنعة فكذا في النفوس الا ان الشرع اسقط اعتبار منعة الكفر فاوجب
بطلانها فان قيل لو صح ما ذكرتم لزم في المرتد والمستأمن اذا قتل في دارنا الدية **اجاب**
بانهما من اهل الحرب حكما لتصدد الانتقال الى الما فلم يجب شئ واما قوله صلى الله عليه وسلم عصموا
مني دماءهم فنقول لا نسلم في ثبوت العصمة شرعا ولا يستلزم كلها الا بدليل ولو سلمنا فقد
قال صلى الله عليه وسلم الا بحقه ان يكونوا في دارنا لا يكثرون سواد العدو الا ان هذا لا ينتقض
في الاسير المسلم **قوله** ومن قتل مسلما خطأ ولي له او قتل حربيا دخل دار الاسلام بامان
فاسلم فالدية على عاقلته للامام وعليه الكفارة لانه قتل نفسا معصومة بالاسلام وداره خطأ
ومعنى قوله للامام ان حق الاخذ له لانه لا وارث له بالعرض لا ان المأخوذ يملكه هو بل يوضع
في بيت المال وان كان قتل المسلم الذي لا وارث له والمستأمن الذي اسلم وليس معه
وارث فضدا وان استبانا ان لم يكن معه ولد صغير دخل به الينا عمدا فان شا الامام قتله وان
شا اخذ الدية بطريق الصلح لا الجبر لان موجب العمد عند القصاص عينا لا ان يتصالحوا
على الدية وانما كان للسلطان ذلك لانه هو ولي المقتول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
السلطان ولي من لا ولي له وقد قدمنا الكلام على هذا الحديث في باب الاولياء والاكفاء من هذا الكتاب

فارجع اليه

فارجع اليه والدية وان كانت انفع للمسلمين من قتله لكن قد يعود اليهم من قتله منفعة اخرى
هما ان ينزجر امثاله عن قتل المسلمين فيري بما هو انفع في رواية وما ذكرناه اظهر ان الاولى ان يقول
وهذا لان الدية قد تكون انفع والا كان يتعين الصلح منه عليها واما ان يعينوا فليس له ذلك
كما ان ولايته على العامة نظرية وليس من النظر اسقاط حقهم من غير عوض ولو كان المقتول
لقيطا فقتله الملتقط او غيره خطأ فلا اشكال في وجوب الدية لبيت المال على عاقلة القاتل
والكفارة عليه ولو كان القتل عمدا فان شا الامام قتله وان شا صالحه على الدية كالتي قبلها
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف عليه الدية في ماله ولا اقتله لانه لا يخلو عن ولي
كالاب ونحوه وان كان ابن زنا كالام ان كان بن زنا فاشتبه من له حق القصاص فلا يستوفي
كالمكاتب الذي قتل قبل اداء الكتابة وترك وفا ولنا انه لا يعلم له ولي والا هو في مظنته واحتمال
كونه له في نفس الامر لا يفيد اذ لا ينتفع به فكان وجوده وعدمه في نفس الامر سوا لانه كما يتعذر
على الانتفاع فيستوي

باب العشر والخراج

لما ذكر ما يصير به
المسلم من ذميا ذكر ما يتوبه من الوظايف المالية اذا صار ذميا وذلك هو الخراج في ارضه
وراسه وفي نفاريعها فاورد ها في بابين وقدم خراج الارض لان الكلام فيه كان يتوب قريب
ثم ذكر العشر فيه ايضا تتميما لوظيفة الارض لانها السبب في الخراج والعشر جميعا وقدم ذكر
العشر لان فيه معنى العبادة والعشر لغة واحد من العشرة والخراج ما خرج من نماء الارض
او نمائها الغلام وسمي به ما يأخذه السلطان من وظيفة الارض والراس وحد الاراضي العشرية
والخراجية او لا لانه حينئذ اضبط فقال ارض العرب كلها عشرية وما بين العذيب وهو
ما لتميم وذكر ضمير الارض باعتبار خبره وهو لفظ ما في قوله ما بين العذيب الى اقصى حجر باليمن
وفي بعض النسخ وهو على الظاهر وحجر بفتح الجيم واسكانها خطأ لان ابا يوسف قال حد ود
ارض العرب ما وراء حدود الكوفة الى اقصى حجر باليمن فعرف انه حجر بالفتح والمراد الى
اعز جزء من احراز اليمن وهو اعز حجر منها ومعرفة حينئذ في اعز موضع من اليمن وقولهم
من اوله عذيب القادسية الى اعز حجر يوجب ان ذلك اول ما وراء ارض الكوفة هذا
طولها وعرضها من رمل سرين والدهنا ويعرف برمل عالج الى مشارف الشام اي قراها
وقد تعبر بمقاطع السماوة قال الكرخي وهي ارض الحجاز وتهامة ومكة واليمن
والطايف والدربة والحجاز هو حجز بين العرب سمي حجزا بين الحجاز ونجد والعراق
والعراق احاطت بها ويسمى حجازا لانه حجز بين تهامة ونجد والسواد اي سواد العراق
اي ارضه سمي به لكثرة اشجاره وحده من العذيب الى عقبة حلوان عرضا ومن العلث
الى عباد ان طولا ويقال من الثعلبية الى عباد ان قيل هو غلط لان الثعلبية بعد العذيب
بكثير اذا عرفت هذا فارض العرب كلها عشرية لانه صلى الله عليه وسلم والخلفا الراشدين
بعده لم يأخذوا الخراج من ارض العرب ولو فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم اعضت العادة
بفعله ولو بطريق ضعيف فالم ينقل دل قضا العادة على انه لم يقع وان شرط الخراج ان
يقر اهلها على كفرهم كما في سواد العراق والعرب لا يقبل منهم الا الاسلام او القتل ولانه كان
رق على العرب فكذا الاخراج على ارضهم وسواد العراق المحدد المذكور خراجي لان عمر
رضي الله عنه وضع عليه الخراج بمحضر من الصحابة وهو اثنى عشر الف الف درهم
وانما نحتاج الى ذلك في تقدير الموضوع وقوله ووضع على مصر الخ اخره اسند الواقدي
الى شيخه من اهل مصر ان عمرو بن العاص افتتح مصر عنوة واستباح ما فيها وعزل منه
غانم المسلمين ثم صالحهم بعد على وضع الجزية على رؤسهم والخراج على اراضيهم ثم كتب الى عمر

بن الخطاب رضي الله عنه بذلك واسند ايضا الى عمرو ابن الحرث قال كان عمرو بن العاص
يبعث جزية اهل مصر وخراجها الى عمر رضي الله عنه كل سنة بعد حبس ما يحتاج اليه ولقد استبطاه
عمر في الخراج سنة فكتب يكتاب يلومه فيه ويشدد عليه وهذا خلاف ما ذكر بعض الشارحين
من ان مصر فتحت صلحا على يدي عمرو بن العاص واما وضع الخراج على ارض الشام فمعروف قيل
ومدن الشام فتحت صلحا واراضيها عنوة على يدي يزيد ابن ابي سفيان وشرحبيل بن حسنه
وابي عبيدة بن الجراح وخالد ابن الوليد وفتحت احنادس صلحا في خلافة ابي بكر رضي الله عنه
وفي دالها الفتح في المشهور والكسر **قوله** وارض السواد مملوكة لاهلها يجوز بيعهم وتصرفهم
فيها بالرهن والهبة لان الامام اذا فتح ارضا عنوة له ان يقر اهلها عليها ويضع عليهم الخراج وعلى
رؤسهم الجزية فتبقى الارض مملوكة لاهلها وقدمناه من قبيل في باب قسمة الغنايم ومذهب
مالك والشافعي واحد انها موقوفة على المسلمين فلا يجوز لاهلها هبة التصرفات **قوله**
وكل ارض اسلم اهلها عليها فاحرزوا املاكهم فيها او فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فهي عشرية لان
الحاجة الى ابتداء التوظيف على المسلم والعشر اليق به لان فيه معنى العبادة ولانه اخف
حيث يتعلق الواجب بنفس الخراج فلا يوخذ ما لم يكن خارجا فهذا اليق بالمسلم وكل ارض فتحت
عنوة واقرارها عليها فهي ارض خراج وكذا اذا صالحهم لان الحاجة الى ابتداء التوظيف على الكافر
والخراج اليق به لان فيه معنى العقوبة للتعلق بالتمكن من الزراعة وان لم يزرع وفيه نظر
تذكره في احرز الفضل ان شاء الله تعالى وملكه مخصوصة من هذا العموم فانا فتحت عنوة على ما
اسلفناه في باب الغنايم وقسمتا بالا يبقى منه انها فتحت عنوة ولم يوظف عليها خراجا وتخصص
هذا المكان بحديث زيادة على ما في باب الغنايم اخرج مسلم عن ابي هريرة رضي الله عنه انه ذكر
فتح مكة فقال اقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى دخل مكة فبعث الزبير رضي الله عنه على احد المجنبتين
وبعث خالد ابن الوليد على المجنبة الاخرى وبعث ابا عبيدة على الحسر واخذوا من بطن الوادي
ورسول الله صلى الله عليه وسلم في كتيبته قال فنظر الي وقال يا ابا هريرة قلت لبيك يا رسول
الله قال الهتف لي بالانصار فلا يبقى الا انصاري فهتفت بهم فجاءوا فاطافوا برسول الله
صلى الله عليه وسلم ووبشت قريش اوباشا فقال الم ترون الى اوباش قريش وانباعهم
ثم قال بيده فضرب باحداهما على الاخرى وقال احصدهم حصدا ثم توافوني على الصفا
قال ابو هريرة فانطلقنا فما اشاء احد منا ان يقتل ما شاء منهم الا قتله الحديث بطوله فاضمم هذا
الى ما هناك وقد ذكر التبيني ما فتح عنوة وصلحا من البلاد فذكر ان الاهواز وفارس واصبهان
فتحت عنوة لعمر رضي الله عنه على يدي ابي موسى وعثمان ابن ابي العاص عتبة ابن غزوان
وكانت اصبهان على يدي ابي موسى خاصة واما مرو فقد فتحت صلحا في خلافة
عثمان على يدي عبد الله ابن عامر بن كريز واما ماوراء النهر فانه فتح بعد عثمان على يدي سعيد
بن عثمان بن عفان لمعاوية صلحا وسمرقند وكش ونسف وبخارا وبعد ذلك على يد المهلب
ابن ابي صفرة وقتيبة بن مسلم واما الري فانها فتحها ابو موسى في خلافة عثمان صلحا وفي ولايته
فتحت طبرستان على يدي سعيد بن العاص صلحا ثم فتحها عمرو بن العلا والطالقان ودنباوند
سنة سبع وخمسين وماية واما جرجان ففي خلافة سليمان بن عبد الملك سنة ثمان وتسعين
وكرمان وسجستان فتحها عبد الله بن عباس في خلافة عثمان صلحا وافتتح الجبل كله عنوة في
وقعة جلولا ونهاوند على يدي سعد والنعمان بن مقرن واما الجزيرة فتحت صلحا على يدي
عياض بن غنم والجزيرة ما بين الفرات ودجلة والموصل من الجزيرة واما هجر فاد والجزية
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ولذا دومة الجندل واما اليمامة فانها فتحها ابو بكر رضي الله عنه

واما

واما الهند فافتتحها القاسم ابن محمد الثقفي سنة ثلاث وتسعين **قوله** وفي الجامع الصغير كل
ارض فتحت عنوة موصل الى آخره الا انها الى آخره قد علم من زيادة المصنف انه اذا وقعت مخالفة بينهما
في القدوري والجامع او زيادة في الجامع يقول بعد لفظ القدوري وفي الجامع الصغير الى آخره
وهنا المخالفة ظاهرة فان قول القدوري كل ارض فتحت عنوة فاقر اهلها عليها فهي ارض خراج
مطلق فهو اعم من ان يصل اليها الا انها او لا يصل بان استنبط لها عين ولفظ الجامع قيد خراجيتها
بان يصل اليها الا انها وهنا نقطع ان الارض التي اقر اهلها عليها لو كانت لتستقي بعين او بالسماء لم تكن
الا خراجيه لان اهل الكفر والكفار لو انتقلت اليهم ارض عشريه وعلوم ان العشرية قد تستقي
بعين او بالسماء بتقي على العشريه بل تصير خراجيه في قول ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد
فكيف يبتدي الكافر بتوظيف العشر مع كونها عشرية عند محمد اذا انتقلت اليه كذلك اما في
الابتداء فهو ايضا يمنعه والعبارة التي نقلها عن الجامع في غاية البيان ليست كما في الهداية
فانه قال ولفظ الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة قال كل ارض فتحت عنوة بالقتال
فصارت ارض خراج وكل شيء يصل اليها الا انها الانهار فهي ارض خراج وكل شيء لم يصل اليها الا انهار
فاستخرج فيه عين فهي ارض عشر والاراضي التي اسلم اهلها عليها فهي ارض عشر فقوله وكل شيء
يصل اليها الا انها الانهار فهي ارض خراج عطف على كل ارض فتحت عنوة والعطف يوجب المغايرة
فيصير المعنى ان كل ارض فتحت عنوة صارت ارض خراج وكل ارض لم تفتح عنوة وصرح انها يصل
اليها الا انها الانهار فهي ارض خراج وحاصله تقسيم ارض الخراج الى ما يفتح عنوة والى ما لم يفتح عنوة لكنها
تستقي بماء الانهار ويجب تقييد الاول بان يقر اهلها عليها بالصدور وكان هذا معلوم اذ الابتداء
المسلم في اول الفتح فقط بتوظيف الخراج في الاراضي المغنومة كما يجب تقييد الانهار بانها لا تكون
حراجيه مالم تكن الانهار العظام كالنيل والفرات والحاصل ان التي فتحت عنوة ان اقر الكفار
عليها لا يوظف عليهم الا الخراج ولو سقيت بالمطر وان قسمت بين المسلمين لا يوظف الا العشر
وان سقيت بالانهار واذا كان كذلك فما لصدور به مراد الارض التي احياها محيي فان التي فتحت
عنوة مما يبتدا فيها التوظيف غير المغنومة والمقر اهلها عليها ليس الا الموات التي احييت ويصير
المعنى كل ارض فتحت عنوة صارت ارض خراج اذا قام اهلها عليها وكل ارض لم تفتح عنوة بل احياها
مسلم ان كان صفوها انها يصل اليها الا انها رضي خراجيه او ماء عين ونحو فعشريه وهذا قول
محمد وهو قول ابي حنيفة ولو شرحه هكذا استغنى بها عن ذكر المسئلة التي تليه فانها هي وحاصلها
ان محمدا قال فيمن احيا ارضا ميتة بئر حفرها او عين استخرجها او مات دجلة والفرات وباقي الانهار
العظام التي لا يملكها احد او بالمطر فهي عشريه وان احياها بماء الانهار التي تسقى الاعاجم مثل نهر
الملك ونهر بردجرد وهو ملك من العجم فهي خراجيه لان الاعتبار في مثله للماء الذي به السقي لنماء
الارض ولانه لا يمكن توظيف الخراج على المسلم ابتداء كما قدمناه فيعتبر السقي لان السقي بالخراج دلالة
على التزامه فتصير خراجيه وعند ابي يوسف يعتبر بغيرها اي بما يقرب منها فان كان ارض
خراج قرب به خراجيه او ارض العشر فعشريه لان القرب من اسباب الترجيح
فيترجح كونها خراجيه بالقرب من ارض الخراج وعشريه كذلك واصله انية الدور واعطى
له في الشرع حكما حتى جاز لصاحب الدار الانتفاع بفنايها وهو غير مملوك له ومن اجل له
حق الانتفاع لو قال المساجر للاجير هذا فنائي وليس لي فيه حق الحفر ولكن احفر وا
لنفسك واطاعني عليهم في الاستحسان بل على المساجر لان كونه فنا بمنزله كونه مملوكا في انطلاق
يده في القمامات من القاء الطين والحفر وربط الدابة غير ان ابا يوسف استثنى البصرة
من ضابطه فانها عشريه عنده وان كانت من حيز ارض الخراج لاجماع الصحابة على جعلها عشرية

كما ذكره ابو الحسن بن عبد البر وغيره فنترك القياس في ذلك هذا وقد ظهر من قوله وانه لا يمكن توظيف
الخراج على المسلم الخ اخره ان المراد بموضع المسئلة اعني قوله ومن احيا ارضا سواتا المسلم او لا بعد
من ذلك لانه لو احياها كانت خراجيه سواء ثبت عند محمد بالتسامع او لم يثبت وسواء كانت
عند ابي يوسف من حيز ارض الخراج او العشر وظهر منه ايضا ان كون المسلم لا يبتدي بتوظيف
الخراج كما ذكره محمد في الزيادات عمومي اذا لم يكن منه صنع ليستدعي ذلك وهو السبق بالخراج
وهذا لان الخراج حزا المقاتلة على حمايتهم فما يستتي بما حموه وجب فيه **قوله** والخراج الذي وظفه
عمر رضي الله عنه على اهل السواد من كل جريب يبلغه الماء قفيز هاشمي وهو الصاع ثمانية ارطال خلافا
لابي يوسف ثم نص على الصاع ابو يوسف ومحمد فقال ابو يوسف حدثني السري عن الشعبي ان
عمر ابن الخطاب رضي الله عنه فرض على الكرم عشرة وعلى الرطبة خمسة وعلى كل ارض يبلغها الماء
عملت اول تعمل دونها ومختوما فقال عامر هو الحجاجي وهو الصاع النبي وعامر هو الشعبي وقال
محمد في الاصل فما كان من ارض الخراج من عامر او غامر مما يبلغه الماء مما يصلح للزرع ففي كل جريب
قفيز ودرهم في كل سنة زرع ذلك صاحبه في السنة مرة او مرارا اول يزرعه كله سواء وفيه
كل سنة قفيز ودرهم في كل جريب زرع والقفيز قفيز الحجاج وهو ربع الاشمي وهو مثل الصاع
الذي كان على عهد النبي صلى الله عليه وسلم ثمانية ارطال والمراد من القفيز الماخوذ قفيز مما زرع حنطة
او شعيرا او عدسا او ذرة قاله الطحاوي واستحسن والدرهم ما يوزن سبعة والمراد من الجريب
ارض طولها ستون ذراعا وعرضها كذلك بذراع الملك كسري وهو يزيد على ذراع العامة بقبضة
فهو بسع قبضات لان ذراع العامة ست وقوله في الكافي ما قيل الجريب ستون في ستين
حكاية عن جريبهم في اراضيهم وليس بتقدير لازم في الاراضي كلها بل جريب الارض يختلف باختلاف
البلدان فيعتبر في كل بلد اهله يقتضي ان الجريب يختلف قدره في البلدان ومقتضاه ان يجد
الواجب وهو قفيز ودرهم مع اختلاف المقادير فانه قد يكون عرف بلد فيه مائة ذراع
وعرف اخر فيه خمسون ذراعا وكذا اذا قيل الجريب ما يبذر فيه مائة رطل وقيل ما يبذر
فيه من الحنطة ستون منا وقيل خمسون منا بدارهم والمعول عليه ما في الهداية وغيرها واما
جريب الرطبة ففيه خمسة دراهم ولا شئ فيه من الخارج وفي جريب الكرم المتصل والنخيل
المتصلة عشرة دراهم هذا هو المنقول عن عمر رضي الله عنه وقيد بالاتصال لانها لو كانت
متفرقة في جوانب الارض ووسطها مزدوعة لا شئ فيها بل العشر وظيفة عمر رضي الله عنه على
ما في الزروع وكذا لو غرس اشجارا غير مثمرة ولو كانت الاشجار ملتفة لا يمكن زراعة
ارضها فهي كرم ذكره في الظهيرية وفي شرح الطحاوي لو انبت ارضه كرما فعليه خراجها
الى ان يطعم فاذا اطعم فان كان ضعيف وظيفة الكرم ففيه وضيفة الكرم وان كان اقل فنقصه
الى ان ينقص عن قفيز ودرهم فان نقص فعليه قفيز ودرهم وفي رواية عليه وظيفة الارض
الا ان يطعم الاول الكرم ثم ذكر المصنف الرواية عن عمر رضي الله عنه بذلك فقال انه بعث
عثمان ابن حنيف حتى يمسح سواد العراق وهو الذي آخى النبي صلى الله عليه وسلم بينه وبين
علي بن ابي طالب رضي الله عنهما حين آخى بين المهاجرين والانصار وجعل جذيفة مشرفا عليه
فمسح فبلغ ستا وثلاثين الف الف جريب ووضع على ذلك ما قلنا وكان بمحضر من الصحابة
رضي الله عنهم من غير نكير فكان اجماعا منهم قال ستاوخ في قوله ووضع على ذلك ما قلنا انه سهو
بل يقال ووضع ذلك على ما قلنا اي وضع للخراج ولا يخفى ان مرجع اسم الاشارة الست وثلاثون
الف الف اي وضع على الجريبان المقادير التي ذكرناها ولا سهو يتسبب الى قائل هذا وقد تقدم
رواية ابي يوسف به وهو منقطع لان الشعبي لم يدرك عمر رضي الله عنه واعلم ان الرواية عن عمر

اختلفت

اختلفت كثيرا في تقدير الوظيفة فروى ابن ابي شيبة حدثنا علي ابن مسهر عن الشيباني عن ابي
عون محمد ابن عبيد الله الثقفي قال وضع عمر رضي الله عنه على اهل السواد على كل جريب ارض بلغه
الماء عامرا او غامرا درهما وقفيزا من الطعام وعلى النباتين على كل جريب عشرة دراهم وعشرة
اقفزة من طعام وعلى الرطاب على كل جريب ارض خمسة دراهم وخمسة اقفزة من طعام وعلى
الكروم على كل جريب ارض عشرة دراهم وعشرة اقفزة ولم يضع على النخيل شيئا جعله تبعا للارض
ثم حدث عن ابي اسامة عن قتادة عن ابي مجلز قال بعث عمر عثمان بن حنيف على مساحة
الارض فوضع عثمان على الجريب من الكرم عشرة دراهم وعلى جريب النخل ثمانية دراهم وعلى
جريب القصب ستة دراهم يعني الرطبة وعلى جريب البر اربعة دراهم وعلى جريب الشعير
درهمين وقال ابو عبيد في كتاب الاموال حدثنا هشيم بن بشير انبانا العوام بن حوشب عن
ابراهيم التيمي قال لما افتتح المسلمون سابور الحديث بطوله الى ان قال فمسح عثمان بن حنيف
سواد الكوفة من ارض اهل الذمة فجعل على جريب النخل عشرة دراهم وعلى جريب العنب
ثمانية دراهم وعلى جريب القصب ستة دراهم وعلى جريب من البر اربعة دراهم وعلى الجريب
من الشعير درهمين ونيفا قال فاخذ من تجارهم من كل عشرين درهما درهما فرفع ذلك الى عمر
ابن الخطاب رضي الله عنه فرضي به فقد رايت ما هنا من الاختلاف ومالك رحمه الله يستحب
اجازة الامام لانها وقف على المسلمين عند فيفوض اليه اجازته كما هو الرسم الان في اراضي مصر
فان الماخوذ الان اجارة لا خراج الا ترى ان الاراضي ليست مملوكة للزراع وهذا بعد ما قلنا
ان ارض مصر خراجيه والله اعلم كانه لموت المالكين بشيا فشيا من غير اخلاف ورثة فصارت
لبيت المال وينبغي على هذا ان لا يصح بيع الامام ولا شراؤه من وكيل بيت المال لشئ منها
لان نظره في مال المسلمين كنظر ولي اليتيم فلا يجوز له عقاره لصغر ورثة كعدم وجود من ينفقه
سواه فلذا كتبت في فتوى رفعت الى شراء السلطان الاشرف برسباي رحمه الله
لارض ممن ولاه نظر بيت المال هل يجوز شراؤه منه وهو الذي ولاه فكتبت اذا كان بالمسلمين
حاجة والعياذ بالله جاز ذلك واحد في رواية كذلك وفي رواية في كل جريب اذا كان بالمسلمين
درهم والباقي يكون وقفا وقيل كل الروايات عن عمر صحيحة وانما اختلفت لاختلاف النواحي فوضع
على بعضها اقل وبعضها اكثر لتفاوت الريع في ناحية وما قلنا اشهر رواية وارفق بالرعية
ثم ذكر المصنف المعنى في اختلاف الوظيفة فقال ولان المؤن متفاوتة فالكرم اخفها مؤنة
لانه يبقى على الابد بلا مؤنة واكثرها تعبا والمزارع اقلها تعبا واكثرها مؤنة لاحتياجها الى البذر
ومؤن الزراعة من الحراثة والحصاد والدياس والتذرية في كل عام والرطاب بينهما
لانها لا تدوم ودوام الكرم وتكلف في عمله كل عام فوجب تفاوت الواجب بتفاوت
المؤنة اصله قوله صلى الله عليه وسلم ما سقت السماء ففيه العشر وما سقي بغرب
او دالية ففيه نصف العشر **قوله** وما سوى ذلك اي من الاراضي التي لها اضاف
غير ما وظف فيه عمر رضي الله عنه كالزعفران والبستان وهو ارض يحوطها حوائط وفيها
نخيل متفرقة واشجار وكذا غير ذلك كالنخيل الملتفة يوضع على ذلك بحسب الطاقة
فيوضع على النخيل الملتفة بحسب ما تطيق ولا يزاد على الكرم وعلى جريب الزعفران كذلك
ينظر في ذلك كله الى غلته فاما لم تبلغ سوى غلة الزرع يوخذ قدر خراج الزرع او الرطبة
يوخذ خراج الرطبة او الكرم فالكرم وانما ينتهي الى نصف الخارج لان التنصيف بعد
ما كان لنا ان نقتلهم ونتملك رقاب الاراضي والاموال مين الانصاف **قوله** فان اطلق
ما وضع عليها بان لم يبلغ الخارج منها ضعفه نقص الى نصف الخارج كذا افاده في الكفاية حيث

قال فان كانت الاراضي لا تطيق ان يكون الخارج خمسة بان كان الخارج لا يبلغ عشرة جاز ان ينقص
حتى تصير مثل نصف الخارج انتهى وبين هذا الافراق بين الارضين التي وظف على عمر رضي الله عنه ثم نقص
نزلها وضعفت الان او غيرها واجمعوا على انه لا يجوز الزيادة على وظيفة عمر رضي الله عنه في الاراضي التي وظف فيها
عمر رضي الله عنه او امام اخر مثل وظيفة عمر وكره في الخاني واما في بلد اراد الامام ان يبتدا فيها التوظيف
فعند ابي حنيفة وابي يوسف لا يزيد وقال محمد وهو قول احمد ومالك ورواية عن ابي يوسف وقول
الشافعي له ذلك معنى هذا اذا كانت الارض التي فتحت بعد الامام عمر رضي الله عنه تزرع الحنطة فاراد
ان يضع عليها درهمين وقفيزا وهي طيبة ليس له ذلك وعند محمد له ذلك اعتبارا بالنقصان وهذا يؤيد
ما ذكرته من حمل الارض في قوله فان لم تطق ما وضع عليها يشمل ارض عمر رضي الله عنه ومنعه ابو يوسف
بان عمر رضي الله عنه لم يزد حين اخبر بزيادة طاقة الارض فيما رواه البخاري من حديث عمرو بن ميمون اخاف
ان تكونا حملتما الارض ما لا تطيق فالا حملنا امرا هي له مطيقة ما فيه كبير وروى عبد الرزاق اخبرنا
معمر عن علي بن الحكم البناني عن محمد بن زيد عن ابراهيم قال جاء رجل الى محمد عمر رضي الله عنه فقال ارضي هذا
وهذا يطيقون من الخراج اكثر مما عليهم فقال له لبيس لهم سبيل **قوله** وان غلب على ارض الخراج الماء
او انقطع الماء عنها او اصطلم الزرع انه لا خراج اما في غلبة الماء او انقطاعه فلانه فات التمكن من الزراعة
وهو الذي التقديري المعتبر في الخراج واما في الاصطلام فلفوت النماء التقديري في بعض الحول ولكونه
نماء في جميع الحول شرط كما في مال الزكاة او مدار الحكم على حقيقة الخارج عند الخروج لان التمكن من
الزراعة قائم متى ما مسه فاذا وجد الاصل بطل اعتبار الخلف وتعلق الحكم بالاصل واعلم ان اكثر المشايخ حملوا
المذكور في الكتاب من سقوط الخراج بالاصطلام على ما اذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكن الزراعة نانيا
فان بقي ما يسقط الخراج لانه عطلها وفي الفتاوى الكبرى نقلوا ان المعتبر فيه زراعة الحنطة لو الشعير
ام ايهما زرع كان وان المعتبر مدة ترك الزرع فيها او مدة يبلغ الزرع فيها مبلغا يكون قيمته ضعف الخراج
والفتوى على انه مقدر بثلاثة اشهر وهو كما ترى والوجه الثاني ان حكم ادارة الحكم على حقيقة الخارج
ان اسقط الواجب لا يمنع الايجاب بالتعطيل فيما بعد من الزمان واما الوجه الاول فصريح في نفي الوجوب
وان بقي امكان الزراعة الى اخر السنة ولم يذكر كثير من المشايخ هذا واما عادة الزرع تستدعي موءنا
كالاول فان اخرج شيئا فقصاراه ان يفي بالخرجين فاخذ الخراج اذا لم يزرع والحالة هذه تحسير لاصل
مال الزرع وكذا ان زرع **قوله** وان عطلها صاحبها فعليه الخراج لان التمكن من الزراعة كان ثابتا
وهو الذي فوته اي فوت الريع وهذا بشرط التمكن كما يفيده قوله لان التمكن كان ثابتا فاما اذا لم يتمكن
لعدم فوته واسبابه فللامام ان يدفعها الى غيره مزارعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويعطيه
الباقي او يوجرها ويأخذ الخراج من الاجرة او يزرعها بنفقة من بيت المال فان لم يتمكن من ذلك ولم يجد
من يقبل ذلك باجرة اخذ من ثمرها خراج السنة المتسلخة ودفع باقي الثمن لصاحبها ثم استرد يأخذ
الخراج من المشتري وهذا وان كان نوع حجر ففيه دفع ضرر العامة باثبات ضرر واحد وهو
جائز كما قلنا في الحجر على المكاري المفلس والطبيب الجاهل ولو وقع البيع في اثنا السنة فان بقي منها
قدر ما يمكن المشتري من الزراعة فالخراج عليه والا على البائع وعلى قول ابي يوسف انه يدفع العاجز
كفايته من بيت المال قرضا ليعمل فيها صحيح ايضا ومن فروع ذلك ما اذا انتقل اليه اخس الامرين
من غير عذر بان كانت مثلا تزرع الكدم فزرعها حبوبا اخذ منه خراج الاعلى وهو الحكم لانه هو الذي
ضيع الزيادة على المسلمين قالوا لا ينبغي لهذا اخذا من تسلط الظلمة على اموال المسلمين اذ يدعي
كل ظالم ان ارضه تصلح لزراعة الزعفران ونحن وعلاجه صعب **قوله** ومن اسلم من اهل
الخراج اخذ منه الخراج على حاله وعند مالك والشافعي يسقط عنه الخراج وكذا الوباء عند مسلم
يجوز البيع عندنا خلافا لمالك في رواية وعلى رواية الجواز يسقط الخراج لما فيه من معنى الذل

والصغار وهو غير لائق بالمسلم وقوله لما قلنا من ان فيه معنى المونة والمسلم من اهل المونة كالعشر
والارض لا تخلو اما ان كانت مقدرة واجبا اولى وكان وضع عمر بموافقة جماعة الصحابة ما كان الا ليجد
الذين يجيبون من المسلمين بعد اهل الفتح ما يسد حاجتهم وفتح هذا الباب يودي الى فوات هذا المقصود
فان الاسلام غير بعيد بعد مخالطة المسلمين ومعرفة محاسنه او تقية من الملفة وتجشم المشاق في الزراعة
ثم دفع نحو النصف للغير قال المصنف وقد مر ان الصحابة اشتروا اراضي الخراج وكانوا يودون خراجها
قال البيهقي قال ابو يوسف للقول ما قال ابو حنيفة انه كان لابن مسعود وخباب بن الارث والحسين
بن علي ولشريح ارض الخراج فدل على انتفاء كراهة تملكها حدثنا خالد بن سعيد عن عامر عن عتبة بن فرقد
السلمي انه قال لعمر ابن الخطاب رضي الله عنه اني اشتريت ارضا من ارض السواد فقال عمر انه ليس لك
قال البيهقي واخبرنا ابو سعيد حدثنا ابو العباس الاصم حدثنا الحسن ابن علي بن عفان حدثنا
يحيى بن ادم حدثنا حسن بن صالح عن قيس بن مسلم عن طارق بن شهاب قال اسلمت امراة من اهل
نهر الملك فكتب عمر ابن الخطاب رضي الله عنه ان احتارت ارضها وادت ما على ارضها فخلوا بينها وبين
ارضها والا فخلوا بين المسلمين وبين ارضهم وروى عبد الرزاق وابن ابي شيبة حدثنا الثوري عن قيس
ابن مسلم عن طارق بن شهاب ان دهقانا من ارض نهر الملك اسلمت فقال عمر اذهبوا البها ارضا تؤدي عنها
الخراج وقال ابن ابي شيبة وعبد الرزاق في مصنفيهما حدثنا هشيم ابن بشير عن شيبان ابن الحكم عن زبير
بن عدي ان دهقانا اسلم على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال على ان اقمت في ارضك رفعنا عنك
الخراج عن راسك واخذناها من ارضك وان تحولت عنها فنحن احق بها وقال ابن ابي شيبة حدثنا
حفص ابن غياث عن حماد ابن قيس عن ابي عون محمد ابن عبيد الله الثقفي عن عمر وعلي قالا اذا اسلم له ارض
وضعنا عنه الجزية واخذنا خراجها قال المصنف فدل على جواز الشراء واخذ الخراج واداء المسلم
من غير كراهة وصرح في الكافي بنفي الكراهة قيل ولو قال من المسلم كان اولى وهو بناء على تعليقه
بلفظ اخذ وهو غير مقصود فان الاخذ يتوم بالامام وليس المقصود افادة انه هل يكره للامام اخذ
الخراج من المسلم بل المقصود افادة حكم شراء المسلم الارض الخراجية وتعرضه بذلك الاخذ منه هل يكره له
ذلك او لا فيجب لفظ المسلم ليتعلق بالشراء في قوله فدل على جواز الشراء المسلم وعدم الكراهة كما يقول
بعض المتقشفة رحمه الله عليهم ورضي عنا بهم من كراهة ذلك لما روي انه صلى الله عليه وسلم راى شيئا من آلات
الحراثة فقال ما دخل هذا بيت قوم الا ذلوا فلنا نحن ان الذل بالتزام الخراج وليس كذلك بل المراد
ان المسلمين اذا اشتغلوا بالزراعة وانجوا اذناب البقر تعدوا عن الغزو فكد عليهم عدوهم
فجعلوهم اذلة ولا شك في انه يجوز للمسلم التزامه ما لا يجب عليه ابتداء الا ترى انه لو توكل بجزية
ذمي جاز بلا كراهة **قوله** والعشر في الخراج من ارض الخراج وقال الشافعي ومالك واحمد يجمع
بينهما لانهما حقان مختلفان ذاتا فان العشر مونة فيها معنى العبادة والخراج ضده فيهما معنى العقوبة
ومحلا فان العشر في الخارج والخراج في الذمة وسببا لان سبب العشر الارض النامية بالخارج تحقيقا
وسبب الخراج الارض النامية به تقديرا ومصرفا فمصرف العشر الفقراء ومصرف الخراج المقاتلة
وقد تحقق سبب كل منهما ولا منافاة بين الحقين فيجبان كوجوب الدين مع العشر او الخراج
قال المصنف ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا يجتمع عشر وخراج في ارض مسلم وهو حديث ضعيف
ذكره ابن عدي في الكامل عن يحيى ابن عنبسة حدثنا ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن علقمة
عن عبد الله ابن مسعود رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يجتمع على مسلم خراج
وعشر ويحيى ابن عنبسة مضعف الى غاية حتى نسب الى الوضع والى الكذب على ابي حنيفة
وانما رواه ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم فجا يحيى وصله واخرجه ابن ابي شيبة بنحو عن الشعبي
وعكرمة حدثنا ابراهيم ابن المغيرة حدثنا يعقوب عبد الله ابن المبارك عن عمرة السلولي عن الشعبي قال

لا يجتمع عشر وخراج في ارض وقال حدثنا ابو اسيلة حدثنا يحيى ابن واضح عن ابن المنيب عن عكرمة قال
لا يجتمع عشر وخراج في مال وحاصل هذا كما ترى ليس الا نقل مذهب بعض التابعين ولم يرفعوه ليكون حديثا
مرسلا وقد نقل ابن المبارك الجمع بينهما مذهبا لجماعة آخرين فهذا نقل المذاهب لا استدلال وقوله
وان احدا من الائمة الى اخره منع بنقل بن المنذر الجمع في الاخذ عن عمر ابن عبد العزيز فلم يتم وعدم الاخذ
من شيء جاز كونه لشغور يض الدفع ليه الملاك فلم يتعين قول صحابي بعدم الجمع ليحتج به من يحتج بقولهم
على ان فعل عمر ابن عبد العزيز يقتضي ان ليس عمر رض الله عنه على منع الجمع لانه كان متبعا له مقتفيا لاثاره
وما ذكرناه عنه فيما تقدم من كتبه في جواب المسايل في مسيلة خمس الجزية والخراج اذا رجعت اليه فليعهد ذلك ثم المصنف مع تعدد السبب وجعل السبب فيهما معا الارض ولا مانع ان يتعلق السبب لواحد وهو الارض
هنا وطيفتان مع ان العلومات تقتضيه مثل قوله صلى الله عليه وسلم ما سقت السما ففيه العشر فانه يقتضي
ان يوخذ الخراج ان كان وكان تعدد الحكم واتحاده بتعدد السبب واتحاده وسبب كل من الخراج والعشر
الارض النامية الا انه يعتبر النامية العشر تحقيقا لانه اسم اضافي فلم يتحقق عاري لم يتحقق عشر وفي الخراج
تقديرا ولهذا يضاف اليها فيقال خراج الارض وعشر الارض والاضافة دليل السببية وكون الارض مع النا
التقديري غير الارض مع التحقيقي مخالفة اعتبارية لا حقيقية فالارض النامية هي السبب واذا اتحد
السبب اتحد الحكم وصار كزكاة التجارة والسايمة فان السبب واحد بالذات وهو الغنم مثلا وهو مع
ذلك لا يقال الغنم السوم غير هما مع قصد التجارة فيجب كل منهما لتعدد السبب واما قوله وان الخراج يجب
في الارض اذا فتحت عنوة وتقرر العشر في الارض اذا اسلم اهلها ولا زم الاول الكذه ولا زم الثاني الطوع
وهما متنافيان فلا يجتمعان فمعلوم ان بعض صور الخراج يكون مع الفتح عنوة وهو ما اذا اقرهم عليها وكذا
بعض صور العشر وهو اذا فتحا عنوة وقسمها بين الغانمين كما ان بعض صور الخراج لا يكون مع العنوة
والعشر بل للصلح او بان احياها وسقاها بما لا نهرها الصغار او كانت قريبة من ارض الخراج على الخلاف
ومع هذا فالذي يغلب على الظن ان الراشدين من عمر وعثمان وعلي رضوان الله عليهم اجمعين لم يأخذوا
عشرا من ارض الخراج ولا ينقل كما نقل تفاصيل اخذهم الخراج بهذا تقضى العاده ولو نهم فوضوا الدفع
الى الملاك في غاية البعد ارايت اذا كان العشر وظيفة في الارض التي وظف فيها الخراج على اهل الكفر
هل يقرب ان يتولوا اخذ وظيفة ويكلوا الاخر الى ربهم ليس لهذا معنى وكيف وهم كفار لا يوثمون
على اداية من طيب انفسهم واذا كان الظن عدم اخذ الثلاثة صح دليلا بنفسه الصحابة خصوصا الخلف
الراشدين ويكون اجماعا الاستحالة لا يجتمع الاجر والضمان عندنا والعقد والحد والجلد والنفي
وكذا الرجم مع الجلد وزكاة التجارة صدقة الفطر والشافعي يوافق في الجلد مع الرجم وماسواه
يجمع وكذا الزكاة مع احدهما اي العشر او الخراج خلافا للشافعي وصورته اذا اشترى ارض عشر او خراج
بقصد التجارة عليه العشر او الخراج وليس عليه زكاة التجارة عندنا وان لم يكن على الارض عشر او خراج
لزم للارض بخلاف الزكاة لانها لا يشترط فيها ما لا يشترط فيها **قوله** ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج في
سنة لان عمر رض الله عنه لم يوظفه مكررا في سنة بتكرر الخارج على الطريقة التي قدمنا ذكرها
وقد يوازي بالتعلق الخراج بالتمكن فيستويان فالخراج له شبهة من حيث تعلقه بالتمكن وله خفة
باعتبار عدم تكرره في السنة ولو زرع فيها مرارا والعشر له شبهة وهو تكرره بتكرر خروج الخارج
وخفة بتعلقه بعين الخارج فاذا عطلها لا يوخذ بشيء فاذا اثبت الخفة للعشر مطلقا باعتبار الاغلب
وهو عدم تكرر الزرع في العام قلنا وكذلك ليس في الغالب ان يعطل الارض عن الزراعة بالكلية
ويوخذ الخراج من ارض المراة والصبي والاراضي الموقوفة لان وقفها اخراج من مستحق الى مستحق
هذا هو الضرب الثاني من الخراج وقدم الاول لقوته اذ يجب اسلموا ولم يسلموا لخلاف الجزية لا يلزمون بها

الا اذا لم يسلموا وانه حقيقة للخراج لانه اذا اطلق الخراج فانما يتبادر خراج الارض ولا يطلق على
الجزية الا مقيدا فيقال خراج الراس وعلامة مجاز لزوم التقييد وجمع الجزية على جزي كلحية ولحي
وهي في اللغة الجزاء وانما يثبت على فعله للدلالة على الهيئة وهي هيئة الاذلال عند الاعطاء على ما سيعرف
وهو على ضربين جزية توضع بالتراضي والصلح على ما تتقدر بحسب ما عليه الاتفاق فلا يزاد عليه
بخلاف العنوة اما له صلح رسول الله صلى الله عليه وسلم اهل نجران ومع قوم نصاري بقرب اليمن
على الني حلة في العام على ما في ابي داود عن عبد الله بن عباس رض الله عنهما قال صالح رسول الله صلى الله
عليه وسلم اهل نجران على الني حلة النصف في صفر والنصف في رجب انتهى وصالح عمر رض الله عنه
نصاري بني تغلب على ان يوخذ من كل منهم ضعف ما يوخذ من المسلم من المال الواجب فلزم ذلك وتقدم
تفصيله في الزكاة قال ابو يوسف في كتاب الخراج وابو عبيد في كتاب الاموال في كتاب النبي
صلى الله عليه وسلم على اهل نجران بعد ان قال على الني حلة كل حلة حلة اوقية يعني قيمها اوقية
فتقول لو لوا لجي كل حلة خمسون درهما ليس بصحيح لان الاوقية اربعون درهما والحلة ثوبان
ازار ورداء وتعتبر هذه الحلل في مقابلة ما يوخذ من روسهم واراضيهم قال ابو يوسف الفاضلة
على اراضيهم وعلى جزية روسهم تقسم على روس الرجال الذين لم يسلموا وعلى كل ارض من اراضي نجران
وان كان بعضهم قد باع ارضه او بعضها من مسلم او ذمي او تغلبي والمراة والصبي في ذلك سواء في اراضيهم
واما جزية روسهم فليس على النسا والصبيان انتهى يعني ان ما وقع عليه الصلح يوخذ سواء باع بعضهم
ارضه او لم يبع ثم اذا باع ارضه يوخذ ما وقع عليه الصلح على حاله ويوخذ الخراج من المشتري المسلم
وعشران من التغلبي المشتري وقول المصنف على الف ومايتي حلة غير صحيح ولذا قوله بنى نجران
فان نجران اسم ارض من حيز اليمن لان اسم اب قبيلة فلذا كان الثابت في الحديث اهل نجران
والضرب الثاني جزية يبتدي الامام بتوظيفها اذا غلب على الكفار ففتح بلادهم واقرهم على املاكهم
فهذه مقدرة بقدر معلوم شا والوا ابوا ارضوا اولم يرضوا فيضع على الغني في كل سنة ثمانية واربعين
درهما وعلى اوسط الحال اربعة وعشرين درهما في كل شهر درهمين وعلى الفقير المعتمل اثني عشر
درهما في كل شهر درهما واحدا وقال الشافعي يضع على كل حالم اي بالغ دينارا او اثني عشر درهما
قال بعض مشايخنا الامام مخير بينهما والدينار في القواعد الشرعية بعشرة دراهم الا في الجزية
فانه يقابل باثني عشر درهما لان عمر قضى بذلك وعند عامة اصحابنا لا تعتبر الدراهم الا بالسعر
والقيمة ويستحب للامام ان يباكسهم حتى يوخذ من المتوسط دينارين ومن الغني اربعة دنانير
وقال مالك يوخذ من الغني اربعين درهما او اربعة دنانير ومن الفقير عشرة دراهم او دينارا وقال
الثوري وهو رواية عن احمد هي غير مقدرة بل ينوضه الى راي الامام لانه صلى الله عليه وسلم
امر معاذا باخذ الدينار وصالح هو صلى الله عليه وسلم نصاري نجران على الني حلة وعمر جعل
الجزية على ثلاث طبقات كما هو قولنا وصالح بني تغلب على ضعف ما يوخذ من المسلمين فهذا يدل
على انه لا تقدير فيها معين بل مفوض الى راي الامام حتى لو نقص عن الدينار وجاز وعن احمد روايتان
احديهما احداهما كقولنا والاخرى كقول الثوري ووجه ما رواه ابو داود والترمذي والنسائي
عن الاعمش عن ابي وايل عن مسروق عن معاذ قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن وامرني
ان اخذ من البقر من كل ثلاثين تبيعا او تبيعة ومن كل اربعين مسنة ومن كل حالم دينارا او عدله
معافر من غير فصل بين غني وفقير قال الترمذي حديث حسن وذكر ان بعضهم رواه عن مسروق
عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلا قال وهو اصح ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم وصححه
فهذا كما ترى ليس فيه ذكر الحالمة وفي مسند عبد الرزاق حدثنا معمر وسفيان الثوري
عن الاعمش عن ابي وايل عن مسروق عن معاذ ان النبي صلى الله عليه وسلم بعث معاذا الى اليمن قال

ومن كل حالم او حالمة دينارا او عدله معافر وكان عمر يقول هذا غلط ليس على الناس ونيه طوق كثير
فيما ذكر الحالمة وقال ابو عبيد وهذا والله اعلم فيما يرى منسوخ اذ كان في اول الاسلام قتال المشركين
وولدانهم يقتلون مع رجالهم وليستضاء لذلك بما روي الصعب بن جثامة ان خيلا اصابت ابناء المشركين
فقال صلى الله عليه وسلم هم من اباءهم ثم اسند ابو عبيد عن الصعب بن جثامة قال سالت رسول الله
صلى الله عليه وسلم عن اولاد المشركين اقتلهم معهم قال نعم فانهم منهم ثم نهى عن قتلهم يوم خيبر والعدل بالفتح
المثل من خلاف الجنس وبالكسر المثل من الجنس والمعافري ثوب منسوب الى معافر بن مر ثم صار
اسما للثوب بلا نسبة ذكره في المعرب وفي الفوائد الظهيرية معافر من همدان ينسب اليه هذا
الثياب وهذا ذكره ابن فارس في المجمل وفي الجمهرة لابن دريد المعافر بفتح الميم موضع باليمن ينسب
اليه الثياب وفي غريب الحديث للقتبي البرد المعافري منسوب الى معافر من اليمن وفي الجمهرة
قال الاصمعي ثوب معافر غير منسوب لمن نسب فهو خطا عنده ولان الجزية انما وجبت بدلا عن القتل
ولذا المرجب على من لم يجز قتله بسبب الكفر كالذراري والنساء وهذا المعنى ينتظم الغني والفقير
لان كلا منهم يقتل **قوله** ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلي ذكره الاصحاب في كتبهم عن عبد الرحمن
بن ابي ليلى عن الحكم ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه وجه حذيفة بن اليمان وعثمان بن حنيف الى السواد
فمسحا ارضها ووضعا عليها الخراج وجعلا الناس ثلاث طبقات على ما قلنا فلما رجعا اخبراه بذلك
ثم عمل عثمان كذلك ثم عمل علي كذلك وروى ابن ابي شيبة حدثنا علي ابن مسهر عن الشيباني عن ابي عون
محمد ابن عبيد الله الثقفي قال وضع عمر بن الخطاب في الجزية على دوس الرجال على الغني ثمانية واربعين
درهما وعلى المتوسط اربعة وعشرين وعلى الفقير اثني عشر درهما وهو مرسل ورواه ابن زنجويه
في كتاب الاموال حدثنا ابو نعيم حدثنا مندل عن الشيباني عن ابي عون عن المغيرة بن شعبة
ان عمر وضع اخره وطريق اخر رواه ابن سعد في الطبقات الى ابي نضرة ان عمر وضع الجزية على
اهل الذمة فيما فتح من البلاد فوضع على الغني الى اخره ومن طريق اخر اسنده ابو عبيد القاسم
بن سلام الى حارثة بن مضرب عن عمر انه بعث عثمان بن حنيف فوضع عليهم ثمانية واربعين وعشرين
واثني عشر وقد كان ذلك بحضرة الصحابة بلا نكير فحل محل الاجماع ثم عارض المصنف معناه بقوله ولانه
اي الجزية وجب نصرة للمقاتلة اي خلفا عن نصرة مقاتلة اهل الدار لان هو من اهل الدار الاسلام عليه
نصرتهم وقد فاتت بملهم الى اهل الدار المعادين لنا لاصرارهم على الكفر ولهذا صرفت الى المقاتلة
ووضعت على الصالحين للقتال الذين يلزمهم القتال لو كانوا مسلمين فتختلف باختلاف حالهم
لان نصرة الغني لو كان مسلما فوق نصرة المتوسط والفقير فانه كان يتصور اكبا ويركب معه غلامه
والمتوسط راكبا فقط والفقير راجلا وهذا معنى قول المصنف وذلك ان النصرة تتفاوت بكثرة
الوفر وقلته فكذا ما هو بدله يعني الجزية والخراج الارض فانه وجب على التفاوت
واورد عليه لو كانت خلفا عن النصرة لزم ان لا يوخذ منهم لو قاتلوا مع المسلمين سنة متتابعين
او بطلب الامام منهم ذلك والحال انها توخذ منهم مع ذلك اجيب بان الشارع جعل نصرتهم بالمال
وليس للامام تغيير المشروع وتحقيقه ان النصرة التي فاتت نصرة المسلمين فنصرة الاسلام فاتت
بالكفر فابدلت بالمال وليس نصرتهم في حال كفرهم تلك النصرة الثابتة فلا يبطل خلفها نعم يسقط بالعفو
ان الجزية خلفا عن قتلهم والوجه انها خلف عن قتلهم ونصرتهم جميعا لا عن احدهما فقط قال ومارواه
من وضع الدينار على الكل محمول على انه كان صلحا فان اليمن لم تفتح عنوة بل صلحا فوقع على ذلك
وقلنا ولان اهل اليمن كانوا اهل فاقة والنبي صلى الله عليه وسلم بعلم فقد من عليهم ما على الفقراء ادل
على ذلك ما روى البخاري عن ابي جحيفة قلت لمجاهد ما شان اهل الشام عليهم اربعة دنانير
واهل اليمن عليهم دينار قال جعل ذلك من قبل اليسار هذا ثم اختلف في المراد من الغني والمتوسط

والفقير فقيل ان كان له عشرة الاف درهم فهو موسر ومن كان له مائتان فصاعدا الى ما لم يصل الى
العشرة فمتوسط ومن كان معتملا فهو مكتسب وعن بشر ابن غياث من كان يملك قوته وقوت
عياله وزيادة لموسر وان ملك بلا فضل فهو الوسط ومن لم يكن له قدر الكفاية فهو المعتمل
اي المكتسب وقال الفقيه ابو جعفر ينظر الى عادة محل بلده في ذلك الا ترى ان صاحب خمسين الفا
بلخ يعد من المكثرين وفي البصرة وبغداد لا يعد مكثرا وذكر عن ابي نصر محمد بن سلام وينتبر وجود
هذه الصفات في اخر السنة والمعتمل المكتسب والاعتمال الاضطراب في العمل وهو الاكتساب
وقيد بالاعتمال لانه لو كان مريضا في نصف السنة فصاعدا لا يجب عليه شيء اما لو لم يعمل وهو قادر
فعليه الجزية لكن في عطل الارض **قوله** وتوضع الجزية على اهل الكتاب اليهود ويدخل فيهم
السامرة فانهم يدينون بشريعة موسى على الله عليه وسلم الا انهم يخالفونهم في فروع والنصارى
ويدخل فيهم العرنج والارمن لقوله صلى الله عليه وسلم تعالى قاتلوا الذين لا يومنون بالله ولا
باليوم الآخر ولا يدينون دين الحق من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية واما الصابيون
فعلى الخلاف من قالهم من النصارى او قال هم من اليهود فهم من اهل الكتاب ومن قال يعبدون
الكواكب فليسوا من الكتابيين بل كعبدة الاوثان وفي فتاوى قاضي خان ونوخذ اي الجزية
من الصابية عند ابي حنيفة خلافا لهما واطلق اهل الكتاب فشمل اهل الكتاب من العرب والعجم
واما المجوسي عبدة النار ولم يكن عمر رضي الله عنه اخذ الجزية من المجوسي حتى شهد عبد الرحمن
بن عوف ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اخذها من مجوس هجر وهذا قول المصنف ووضع صلى الله عليه وسلم
الجزية على المجوس وهجر بلدة في البحرين **قوله** وعبدة الاوثان بالحراي وتوضع على عبدة
الاوثان من العجم وفيه خلاف للشافعي هو يقول القتال واجب لقوله تعالى وقاتلوهم الا انا عرفنا
جواز تركه بالجزية في حق اهل الكتاب بالقران اعني ما تلوناه من قوله تعالى حتى يعطوا الجزية
وفي المجوس بالخبر الذي ذكرناه في صحيح البخاري فبقي من ورايهم على الاصل ولنا انه تجوز
استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم بجامع ان كلا من الاسترقاق والجزية يشتمل على سلب
النفس منهم اما الاسترقاق فظاهر انه يصير منفعة نفسه لنا وكذا الجزية فانه يكتسب
ويودي الى المسلمين والحال ان نفقته في كسبه فقد ادى حاجة نفسه الينا او بعضها
فهذا المعنى يوجب تخصيص عموم وجوب القتال الذي استدل به وذلك لانه عام مخصوص
باخراج اهل الكتاب والمجوس عند قبوله الجزية كما ذكرنا فجاز تخصيصه بعد ذلك بالمعنى
وانما لم يضرب الجزية على النساء والصبيان مع جواز استرقاقهم لانهم صاروا اتباعا لاصولهم
في الكفر فكانوا اتباعا في حقهم فكان الجزية عن الرجل واتباعه في المعنى ان كان له اتباع والا
فهي عنه خاصة **قوله** وان ظهر عليهم اي على من تقدم ذكرهم من اهل الكتاب والمجوس
وعبدة الاوثان من العجم قبل ذلك اي قبل وضع الجزية فهم في والامام الخيار بين الاسترقاق
وضرب الجزية **قوله** ولا توضع الجزية على عبدة الاوثان من العرب والمرتدين لان كفرهما
يعني مشركي العرب والمرتدين فقد يغلظ فلم يكونوا في معنى العجم اما العرب فلان القران نزل
بلغتهم فالمعجزة في حقهم اظهر فكان كفرهم والحالة هذه اغلظ من كفر العجم واما المرتدون فلان
كفرهم بعد ما هدوا للاسلام ووقفوا على محاسنه فكان كذلك فلا يقبل من الفريقين الا الاسلام
او السيف زيادة في العقوبة لزيادة الكفر وعند الشافعي لتسترق مشركو العرب
وهو قول مالك واحمد لان الاسترقاق اتلاف حكما فيجوز كما يجوز اتلاف نفسه بالقتل ولنا
قوله تعالى تقاتلونهم او يسلموا وروي عن ابن عباس انه صلى الله عليه وسلم قال لا يقبل من مشركي
العرب الا الاسلام او السيف وذكر محمد ابن الحسين عن يعقوب عن الحسن عن مغيرة عن ابن عباس

وقال او القتل كان او السيف وعنه صلى الله عليه وسلم الرق على عربي اخرجه البيهقي عن معاذ ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لو كان ثابت على احد من العرب رق لكان اليوم وقال المصنف وجوابه ما قلنا يعني من ان كونه اغلظ فلا يكون له حكم الاخف منه **قوله** واذا ظهر عليهم اي على مشركي العرب والمرتدين فنساؤهم وصبيانهم فيء يستوقون لانه صلى الله عليه وسلم استرق ذراري اوطاس وهوازن وابو بكر رضي الله عنه استرق بني حنيفة اسند الواقدي في كتاب الردة له في قتال بني حنيفة عن محمود بن لبيد قال ثم ان خالد بن الوليد صالحهم على ان توخذ منهم الصفراء والبيضاء والكراع والسلاح ونصف السبي ثم دخل حصونهم صلحا فاخذ السلاح والكراع والاموال والسبي ثم قسم السبي قسمين واقرع على القسمين فخرج سهمه على احدهما وفيه مكتوب لله قال الواقدي وحدثني ابو الزناد عن هشام بن عروة عن فاطمة بنت المنذر عن اسماء بنت ابي بكر الصديق رضي الله عنهما قال قد رايت ام محمد ابن علي ابن ابي طالب ولدت من سبي بني حنيفة فلذلك سميت الحنفية وسبي ابنها محمد ابن الحنفية قال وحدثني عبد الله بن نافع عن ابيه قال كانت ام زيد بن عبد الله بن عمر من ذلك السبي وحنيفة ابو حي من العرب سمي به لان جدهم ضربه عرق النسا فخنف رجله وضرب حنيفة يده فجذمها فسمي جذيمة وحنيفة ابن لجيم ابن صعب ابن علي ابن بكر ابن وايل واعلم ان ذراري المرتدين ونساءهم يجبرون على الاسلام بعد الاسترقاق خلافا لذراري عبدة الاوثان لا يجبرون وفي فتاوى قاضي خان واما الزنادقة قالوا لو جاء زنديق وتاب تقبل توبته فان اخذ ثم تاب لا تقبل توبته ويقتل لانهم باطنية يعتقدون في الباطن خلاف ذلك فيقتل ولا توخذ منه الجزية **قوله** ولا جزية على امراة صبي وكذا على مجنون لاحلاف لان الجزية بدل عن قتلهم على قول الشافعي او عن تنا لهم نصرة للمسلمين على قولنا وهو لا يليق ذلك ولا على اعمى زمن ولا المقطوع ومن الشافعي توخذ منهم لاعتبارها باصح الدارين ولا توخذ من الشيخ الكبير الذي لا قدرة له على قتال ولا كسب وعن ابي يوسف توخذ منه اذا كان له مال لانه يقتل بالجملة اذا كان له راي في الحرب وجه الظاهر انه لا يقتل ولا يقاتل وهو المراد من قوله لما بينا والجزية بدل عنهما ويقال زمن الرجل لعلم بزمن زمانة **قوله** ولا على فقير غير محتال اي الذي لا يقدر على العمل وان احسن حرفة وعلى قول الشافعي عليه الجزية في ذمته له اطلاق حديث معاذ رضي الله عنه وهو قوله صلى الله عليه وسلم خذ من كل حالم ولنا ان عثمان لم يوظف الجزية على فقير غير معتمل اراد بعثمان هذا عثمان بن حنيف حين بعثه عمر رضي الله عنه وروى ابن زنجويه في كتاب الاموال حدثنا الهيثم بن عدي عن عمر بن نافع حدثني ابو بكر العبسي صلة بن زفر قال ابصد عمر شيخا كبيرا من اهل الذمة يسال قال له مالك قال ليس لي مال وان الجزية توخذ مني قال له عمر ما انصفناك اكلنا شبيبتك ثم نا خذ منك الجزية ثم كتب الى عماله ان لا ياخذوا الجزية من شيخ كبير ولان خراج الارض لا يوظف على ارض لا طاقة لها فكذا خراج الراس مع عدم الطاقة لحكمة دفع الضرر الدنيوي والحديث محمول على المعتمل بالمعنى الذي ذكرنا وبتوظيف عمر المقترن بالاجماع جمعا بين الدليلين فان قلت ما تقدم من توظيف عمر ليس فيه المعتمل قد جاء في بعض طرقه على الفقير المكتسب اتني بشر اخرجه البيهقي لا يقال تنفيه عن غير المكتسب بالمفهوم للمخالف ولا يقولون به لانا نقول ليس ذلك بلازم بل جاز ان يضاف الى الاصل وهو عدم التوظيف على من لم يذكر ثم انا نوظف على المعتمل اذا كان صحيحا في اكثر السنة والا فلا جزية عليه لان الانسان لا يخلو عن قليل مرض فلا يجعل القليل منه عذرا وهو ما نقص عن نصف العام **قوله** ولا توضع على المملوك والمكاتب والمدبر وام الولد لانه بدل عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا وعلى الاعتبار الاول يجب لان المملوك الحربي يقتل وعلى الاعتبار الثاني لا يجب لان المملوك عاجز

عن النصرة فامتنع الاصل في حقه فامتنع الخلف لان شرطه انتفاء الاصل وامكان ادائه فذا دين الوجوب وعدمه فلا يجب بالشك والوجه ان يقال انه بدل عن القتل في حقهم وعن القتال في حقنا جميعا ولا تحقق الثاني لما ذكرنا فلم يتحقق الوجوب لانتفاء الكل بقي الجزء وهذا لما ذكرنا فيما يلي هذه المسئلة واذا كان خلفا عن المجموع فلا يحسن قوله فلا يجب بالشك بل لا يجب بلا شك ثم لا يخفى ان ذكر ام الولد ليس على ما ينبغي فان من المعلوم ان لا جزية على النساء ولعله ابن ام الولد فسقطت لفظة ابن **قوله** ولا يوخذ منهم مواليهم يعني لما قلنا لا توضع عليهم جاز ان يقال انها توخذ من مواليهم فيود ون عنهم فان الى هذا الاحتمال بقوله فلا يوخذ منهم مواليهم لانهم يخلطون الزيادة في الجزية حتى لزمهم جزية الاغنياء بسببهم فلا يوخذ منهم شيء اصروا لانهم كانوا ملزمين بجزيتين ويقدر بوجه اخر وهو انهم يخلطون الزيادة بسببهم فكانت الجزية منه ومنهم ممن شرعا فلا يجب شيء اصر وهذا بناء على ان غنى المال بهم لانهم مال ويجبرون المال بالكسب **قوله** ولا توضع على الرهبان جمع راهب وقد يقال للواحد ايضا وشرطوا الا يخالط الناس ومن خالط منهم عليه الجزية هكذا ذكر القدوري وذكر محمد عن ابي حنيفة انه توضع عليهم اذا كانوا يقدرون على العمل وهو قول ابي يوسف ووجه الوضع انه الذي ضيع القدرة على العمل فصار كتعطيل ارض الخراج من الزراعة ووجه وضع الجزية عنهم انه لا قتل عليهم اذا لم يخالطوا الناس والجزية في حقهم لاسقاط القتل ولا يخفى ان هذا اصل الشافعي على ما تقدم انها عندنا بدل عن نصرتهم التي فاتت بالكفر وعنده بدل عن القتل فافاد صحة هذه الامنية عندنا ولكنه ليس هو العتبر فقط بل المجموع منه ومن كونه خلفا عن نصرتهم اياها فمتى تخلف احدهما انتفى وجوبها وعن محمد لا جزية على السياحين قيل يجوز انه اراد من يقدر على العمل منهم فيكون اتفاقا ويجوز ان يقول هو لا يخالط الناس لا يقتل **قوله** ومن اسلم وعليه جزية بان اسلم بعد حال السنة سقطت عنه وكذا اذا اسلمت كافرة خلافا للشافعي فيهما وكذا الرمنى في اثناء السنة او اسلم وفي قولي للشافعي لا يسقط فيهما ايضا وعلى هذا الخلاف لو عمي او زمن او اقعد او صار شيخا كبيرا لا يستطيع العمل او افتقر بحيث لا يقدر على شيء له ان الجزية وجبت بدلا عن العصمة التي تثبت للذمي بعقد الذمة كما هو قول الشافعي او بدلا من السكنى في دار الاسلام كما هو قول اخر له وقد وصل اليه المعوض وقد تعذر منه وسكناه الى الموت او الاسلام وصار بذلك مستوفيا المبدل فتقرر البدل دينا في ذمته فلا يسقط بهذا العارض الذي موته او اسلامه كسائر الديون من الاجرة والصلح عن دم العمد فيما لو قتل رجلا عمدا فصالح على مال ثم مات قبل اداءه ولنا ما اخرجه ابو داود والترمذي عن جرير عن قابوس ابن ابي ظبيان عن ابيه عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس على مسلم جزية قال ابو داود وسئل سفيان الثوري عن هذا فقال يعني اذا اسلم فلا جزية عليه وبالفظ الذي فسره به سفيان الثوري رواه الطبراني في معجمه الاوسط عن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من اسلم فلا جزية عليه وضعف ابن القطان قابوسا وليس كما قال قابوس في سند الطبراني فهذا العمومه يوجب سقوط ما كان استحق عليه قبل اسلامه بل هو المراد بخصوصه لانه موضع الفائدة اذ اعدم الجزية على المسلم ابتداء من ضروريات الدين فلا اخبار به من جملة الفوائد ليس كالاخبار بسقوطها في حال البقاء وهذا يخص السقوط بالاسلام والوجه بعد موته واسلامه وبهذا الحديث ونحوه اجمع المسلمون على سقوط الجزية بالاسلام فلا بد وطلب الفرق بين الجزية وبين الاسترقاق اذ كل منهما على الكفر ثم لا يرتفع الاسترقاق بالاسلام وكذا خراج الارض ويرتفع الجزية لان كل منهما محل الاجماع فان عقلت حكمة فذاك والا وجب الاتباع على ان الفرق بين خراج الارض والجزية واضح اذ الخراج في الارض لانه مؤنة الارض كي تبقى في ايدينا والمسلم من يسعى في بقائها للمسلمين بخلاف الجزية لانها ذل ظاهر وشرعا والاسترقاق فلان اسلامه

بعد تعلق ملك شخص معين برقبته فلا يبطل به حق المستحق المعين كخلاف الجزية فانه لم يتعلق بها ملك شخص معين بل استحقاق العموم والحق الخاص فضلا عن العام ليس كالملك الخاص **قوله** ولانها اي الجزية انما وجبت عقوبة عن الكفر ولهذا سميت جزية وهي والجزاء واحد وهو يتال على الثواب بسبب الطاعة والعقوبة بسبب المعصية ولا شك في انتفاء الاول ولذا اخذت بطريق الاذلال بل هذا ضروري من الدين فتعين انها عقوبة على معصية الكفر دنيويه لا بدل معاوضة كما ظنه فتسقط بالاسلام والاتمام بعد الموت ولهذا لا يضرب من يسبق موته اقامة حدثبت عليه ولان العقوبة الدنيويه لا تكون الا لدفع شره في الدنيا بحسب ما يكون ذلك الشر والشر الذي يتوقع بسبب الكفر الحرابة والفتنة عن الدين الحق وقد اندفع بالموت والاسلام وهذا لا ينافي كونها بدلا اي خلفا عن النصح لنا فانها عقوبة دنيويه على كفر الذي هو سبب حرابته دفعا لها باصنافه واخذها منه وبدلا من نصرته الغايبة بكفره واذا كانت خلفا ايضا عن النصح انتفت بالاسلام لان شرط الخلف عدم القدرة على الاصل وقد قدر عليها بالاسلام والحاصل قوله انها بدل عن العصمة فهي ثابتة بالادمية على ما تقدم من ثبوتها ضرورة تمكنه من فعل ما كان به او الظهور خلافه منه فلا يكون ثبوتها بقبول الجزية وقوله بدلا عن المسكن قلنا الذمي يسكن ملك نفسه فلا يكون اجرة ولانه يعتد الذمة صار من اهل الدار فلا يوخذ منه بدل تمكينه من الاقامة بها والاحسن ترك الكلام في ابطال الامرين فان العصمة الاصلية زالت بالكفر وهذه عصمة مجددة بالجزية ويكفي ما ذكرنا من دلالة انها عقوبة جزاء ثبت العصمة سواء تمكن اقامة وهذا لانها عقوبة مستمرة لاستمرار السبب وهو كفره الداعي الى حرابته ولا يتمكن من اقامة هذه العقوبة على الاستمرار الا بعصمته **قوله** وان اجتمعت عليه الحولان تداخلت اي الجزية انت فعل الحولين لنا ويله بالسنتين والداعي الى ذلك من اول الامر اوتقدير مضاف اي جزية حول ولفظ العذري في ذكر الاقطع وان اجتمع عليه حولان وفي الجامع الصغير ومن لم يوخذ منه خراج راسه حتى مضت سنة وجاءت سنة اخرى لم يوخذ منه خراج وهذا عندابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يوخذ منه فان مات عند تمام السنة لم يوخذ منه في قولهم جميعا وكذا ان مات في بعض السنة اما مسئلة الموت فقد ذكرنا ها وقيل خراج الارض على هذا الخلاف فاذا مضت سنون لم يوخذ منه خراج عنده وعندهما يوخذ منه ما مضى وقيل لا تداخل فيوخذ ما مضى بالاتفاق لما في الخلافيه وهي تداخل الجزية انا الخراج اي لانا خراج الرايس وجب عوضا والاعواض اذا اجتمعت وامكن استيفاؤها على الوجه المامور به يستوفى وقد امكن فيما نحن فيه بعد توالي السنين لانه ما دام كافرا امكن استيفاؤه على وجه الصغار والاذلال لهخلاف ما اذا اسلم لانه تعذر استيفاؤه لان المسلم لا يجب اذلاله بل يجب توقيره وانت تعلم ان كونها وجبت عوضا وكون المتحصل منها اعواضا خلاف ما تقدم وانه ينقل الشافعي اليق فان اريد بالاعواض الاجزية الواقعة عقوبة ثم علمها وجه ابي حنيفة القايل والعقوبات تتداخل حتى قلنا تتداخل كفارات الافطار في رمضانين انها عقوبة وعبارة غيران المرجح فيها جهة العقوبة فكيف بالعقوبة المحضة والجزية عقوبة محضة وقوله ولهذا الى اخره استيضاح على انه عقوبة يعني لو بعث بها على يد نايبه لا يقبل منه في اصح الروايات بل يكلف ان ياتي بها بنفسه فيعطي قايما والقابض جالس وفي رواية ياخذ بتلبيبه وهو ما يلي صدر من ثيابه ويقول اعط الجزية يا ذمي وقولها من النايب معقولنا المامور به من اذلاله عند الاعطاء قال تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون ووجه اخرانها وجبت بدلا عن القتل في حقهم وعن النصح في حقنا كما ذكرنا لكن في المستقبل يعني من القتل في المستقبل والنصح في المستقبل لان القتل انما يستوفى بحراب قايم في الحال لا بحراب ماض ولذا النصح في المستقبل لان الماضي وقعت الغنية عنه بانقضايه فانقطعت الحاجة فيه الى شئ من الاشياء في المبسوط ولان المعقود ليس هو

المال بل استدعاء المال الكافر واستصغاره وهذا المقصود يحصل باستيفاء جزية واحدة ثم قول محمد في الجامع وجات سنة اخرى حمله بعض المشايخ على مضي السنة مجازا فقالوا لوجوب باخر السنة فلابد من المضي ليتحقق الاجماع في الحولين او في الجزيتين فتتداخل وعند البعض هو مجرى على حقيقته وهو ان يراد دخول اول السنة فان مجي الشهر يجي اوله ومجي السنة يجي اولها والاصح هو هذا لوجوب عندنا باول السنة وعند الشافعي رحمه الله في اخره اعتبارا بالزكاة ولنا انما وجبت الجزية بدلا عنه وهو النصح والقتل لا يتحقق الا في المستقبل على ما قدرناه من ان القتل انما يستوفى لحراب قايم في الحال دفعا لضرر عن المسلمين وبدلا عن نصرتهم وانما يحتاج الى ذلك في المستقبل بخلاف الزكاة لان الوجوب في المال النامي فلابد من الحول ليتحقق الاستنماء فلم تجب قبله لعدم اضافته بذلك قبله ثم افهم لكون تمام النماء لانه الممكن منه فصار المال به ناميا تقديرا **فصل** لما كانت هذه احكام تتعلق بالذمي باعتبار غيره وما مضى باعتبار نفسه قدم ذلك **قوله** ولا يجوز احداث بيعه بكسر الباء ولا كنيسته في دار الاسلام وما سمعت بيعا لليهود والنصاري ثم غلبت الكنيسة لمتعبد اليهود والبيعة لمتعبد النصاري وفي ديار مصر يستعمل لفظ البيعة بل الكنيسة لمتعبد الوثنيين ولفظ الدير للنصاري خاصة وقيد المصنف عموم دار الاسلام بالامصار دون القرى لان الامصار هي التي تقام فيها الشعاير فاحداثها فيها معارضة باظهارها وما يخالفها فلا يجوز بخلاف القرى ثم ذكر ان في قرى ديارنا ايضا لحدث في هذا الزمان والمروي عن صاحب المذهب يعني ابا حنيفة رضي الله عنه كان في قرى الكوفة لان اكثر اهلها اهل الذمة بخلاف قرى المسلمين اليوم ولذا قال مثل الايمة في شرحه وكاجارات الاصح عندي انهم ممنوعون عن ذلك في السواد وان كان هو في السير الكبير قال ان كانت قرية غالب اهلها اهل الذمة لا يمنعون واما القرية التي سكنها المسلمون اختلف المشايخ فيها على ما ذكرنا فصار اطلاق منع الاطلاق هو المختار وصدق تقسيم القدوري منها في دار الاسلام والصومعة وهو ما يبتنى للتخلي عن الناس والانقطاع فيها لهم مثلها فيمنع ايضا ولذا يمنع ثم قال وان انهدمت البيع والكنايس القديمة اعادوا كما قال المصنف لان الابنية تبقى دايما ولما الزم الامام فقد عهد اليهم الاعادة ضمنا غير انهم لا يمكنون من نقلها من مكان الى اخر لانه احداث في ذلك المكان المنقول اليه فلا يجوز وفي هذا الغليل اشارة الى ان ذلك اذا كان باقرار الامام اياهم على ذلك وذلك اذا صالحهم على ان ارضهم عليهم سواء كان اماما في زمن الصحابة والتابعين او بعدهم قبل امصار المسلمين ثلاثة احدها ما مصره المسلمون كالكوفة والبصرة وبغداد وواسط فلا يجوز فيها احداث بيعه ولا كنيسة ولا مجتمع لصلواتهم ولا صومعة بالجماع اهل العلم ولا يمكنون فيه من شرب الخمر واتخاذ الخنازير وضرب الناقوس وشاهر ما فتحه المسلمون عنوة فلا يجوز فيها احداث شئ بالاجماع وما كان غير ذلك من شئ هل يجب هدمه فقال مالك والشافعي في قول واحمد في رواية وعندنا ان جعلم ذمتهم امرهم ان يجعلوا كنايسهم مساكنهم ويمنع من صلواتهم فيها ولكن لا تهدم وهو قول الشافعي وفي رواية عن احمد لان الصحابة فتحوا كثيرا من البلاد عنوة ولم يهدموا كنيسة ولا دبروا ولم ينقل ذلك قط وثالثها ما فتح صلحا فان صالحهم على ان الارض لهم ولنا الخراج جاز احداثهم وان صالحهم على ان الدار لنا ويودون الجزية فالحكم في الكنايس على ما يوقع عليه الصلح فان صالحهم على شرط تمكينهم الاحداث لا يمنعهم الا ان الاولى ان لا يصالحهم الا على ما وقع عليه صلح عمر رضي الله عنه من عدم احداث شئ منها وان وقع الصلح مطلقا لا يجوز الاحداث ولا يستدرض للتذبيه ويمنعون من ضرب الناقوس وشرب الخمر واتخاذ الخنزير بالاجماع انتهى وقوله يمنعون من شرب الخمر اي التجاهر به واظهاره وفي المحيط لو ضربوا الناقوس في جوف كنايسهم لا يمنع انتهى وقال محمد كل قرية من قرى اهل الذمة او مصر او حديثة لم اظهر وا فيها شيئا

من الفسق مثل الزنا والفواحش التي يجيء منها في دينهم ممنوعون منه وكذا من المزامير والطنابير
والغناء ومن كسر شيأ من ذلك لم يضمن واعلم ان البيع والكنايس القديمة في السواد لا تهدم
على الروايات كلها واما في الامصار فاختلف كلام محمد فذكر في العشر والخراج تهدم القديمة
وذكر في الاجارة انها لا تهدم وعمل الناس على هذا فانا رأينا كثيرا منها توالت عليها ائمة وازمان
وهي باقية لم يأمر بهدمها امام فكان متوارثا من عهد الصحابة وعلى هذا لو مصرنا بريتيه فيها وبراوكنيسة
توضع في داخل السور ينبغي ان لا يهدم لانه كان مستحقا للامان قبل وضع السور فيحمل باقي حروف
الظاهرة من الكنايس على ذلك لانها كانت قصاقا ذا رأى العبيد يؤذن عليها السور ثم فيما الآن كنايس
وسعد من امام تمكين الكفار من احداثها في حروف المدن الاسلامية فالظاهر انها كانت في
الضواحي فأدير السور فاحاط بها وعلى هذا فالكنايس الموجودة الآن في دار الاسلام غير جزيرة
العرب كلها ينبغي ان لا تهدم لانها ان كانت في امصار فذيه فلا شك ان الصحابة او التابعين حين فتحوا
المدينة علوا بها وبنوها وبعد ذلك ينظر فان كانت البلدة فتحت عنوة حكمنا بانهم يقوتها مساكن لا معابد
فلا تهدم ولكن يمنعون من الاجتماع فيها للتقرب وان عرف انها فتحت صلحا حكمنا بانهم اقروها معابد
فلا يمنعون من ذلك فيما نص اظهروا وانظر ايضا قول الكرخي اذا هدم لهم عيد يخرجون فيه صلبانهم
وغير ذلك فليصنعوا في كنايسهم القديمة من ذلك ما احبوا فاما ان يخرجوا ذلك من الكنايس حتى يظهر
في المصر فليس لهم ذلك ولكن يخرجوا خفية من كنايسهم واستدل المصنف على عدم الخلاف بقوله صلى الله
عليه وسلم لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة قال المصنف رحمه الله المراد احداثها وهذا الان البيعة قد تحققت
كثيرا من الصحابة في الصلح وفي رواية البيهقي تصريح بذلك في سننه عن ابن عباس قال قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم لا خصاء في الاسلام ولا بنيان كنيسة وضعفه ورواه ابو عبيد القاسم بن
سلام حدثنا عبيد الله بن صالح حدثني الليث ابن سعد حدثني توبة ابن النمر الحضرمي قاضي مصر
عمن اخبره عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة قال وروى ابو الاسود
عن ابن ابي لهيعة عن يزيد ابن حبيب عن ابي الخير قال قال عمر ابن الخطاب رضي الله عنه لا كنيسة في
الاسلام ولا خصاء وروى يزيد في الكامل بسنده الى عمر رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
لا تبنى كنيسة في الاسلام ولا يبنى ما خرب منها واعلم بسنده ابن سنان واذا تعددت طرق الضعيف
يصير حسنا ثم قيل المراد بالخصاء نزع الخصيتين وقيل كناية عن التخلي عن ايتان النسا **قوله** وفي ارض
العرب يمنعون من ذلك في امصارها وقرأها لا حديث فيها كنيسة ولا تقر لانهم لا يملكون من السكنى بها
ولا فايدة في اقرارها الا ان يتخذ دار سكنى ولا يباع خمر ولا في قرية منها ولا في حاضر مياه العرب
ويمنعون من ان تتخذ ارض العرب مسكنا ووطنا بخلاف امصار المسلمين التي ليست في جزيرة
العرب يمكنون من سكناها ولا خلاف في ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم لا يجتمع دينان في جزيرة العرب
اخرج اسحق ابن راهويه في مسنده انبانا الفضل ابن موسى حدثنا صالح ابن ابي الاخنس حدثني
الزهري عن سعيد بن المسيب عن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في مرضه الذي مات فيه
لا يجتمع دينان في جزيرة العرب ورواه عبد الرزاق قال انبانا معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب
قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يجتمع بارض العرب او قال بارض الحجاز دينان ورواه في الزكاة
وزاد فيه فقال عمر لليهود من كان منكم عنده من رسول الله صلى الله عليه وسلم فليأت به والا فانا في
حل فقال فاجلاهم عمر وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ذلك في مرض موته قال الدارقطني
في علله هذا صحيح ورواه مالك في الموطا قال ابن شهاب فتحص عمر عن ذلك حتى اتاه اليقين
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يجتمع دينان في جزيرة العرب فاجلى يهود خيبر واجلى يهود نجران
وفدك وفي صحيح البخاري ومسلم عن ابن عباس رضي الله عنهما لما اشتد برسول الله صلى الله عليه وسلم وجعه قال ائتوني

المشركين

المشركين من جزيرة العرب وجزيرة العرب من اقصى عدن ابين الى ريف العراق في الطول
واما العرض فمن جدة وما والاها من ساحل البحر الى اطراف الشام وسميت جزيرة لاحتجاز المياه التي حوالها
عنها كبحر البصرة وعمان وعدن والعراق وقيل لان حوالها بحر الحبشي وبحر فارس ودجلة والفرات وقال
الازهري سميت لان بحر فارس وبحر السواد احاط بجانبها الجنوبي واحاط بالجانب الشمالي دجلة
والفرات وقال المنذري في مختصره قال مالك جزيرة العرب المدينة نفسها ورويت انها الحجاز
واليمن واليمامة وحكى البخاري عن المغيرة قال هي ارض مكة والمدينة **قوله** وتوخذ اهل المدينة
بالتمييز عن المسلمين في زيهم نفسهم وفي مراكبهم وسروجهم وللانسهم وحاصل هذا ان اهل الذمة اذا كانوا
مخالطين لاهل الاسلام فلا بد مما يتميز به المسلم من الكافر كيلا يعامل معاملة المسلم من التوقير والاجلال
وذلك لا يجوز وربما يموت احدهم فجاة في الطريق ولا يعرف فيصلى عليه بخلاف يهود المدينة لم يأمرهم
صلى الله عليه وسلم بذلك لانهم كانوا محصورين باعيانهم بجميع اهل المدينة ولم يكن لهم زي يعرفون به المسلمين
واذا وجب التمييز ان يكون فيه صغار ولا عار اذ لا لوم لا ذي من ضرب او وضع لا سبب
يكون منه بل اراد انقاءه. بهيئة وضيعة ولذا امروا بالكستيجات وهو خيط في غلظ الاصبع
من الصوف يشد فوق ثيابه دون الزنار من الابريسم لان فيه تحقيرا للمسلمين اي اظلاما عليهم
وهو من حسن العشرة معهم ولدفع الضرر عن ضعفة المسلمين في الدين من غير تمييز فقولون بجهلهم
ضيقون الكفر واحسن حالا منا فانهم في خفض عيش ونعمة ونحن في ذل وتعب واليه اشار تعالى
بقوله ولولا ان يكون الناس امة واحدة لجعلنا لمن يكفر بالرحمن لبيوتهم سقفا من فضة ومعارج
عليها يظهرون تنبيها على حسنة الدنيا عند الله عز وجل واذا منع من رشدنا وهو حاشية رقيقة
من الابريسم فمنهم من لبس الشاب الفاخرة التي تقعد عند المسلمين فاخرة سواء كانت حريرا
او غيره كالصوف المربع والخوخ الرقيق والاجراد الرفيعة اولى ولا شك في وقوع خلاف هذا
في هذه الديار ولا شك في منع استكثارهم واذ خالهم في المباشرة الى يكون بازاء المسلمين
بل ربما يقف بعض المسلمين خدمة له خوفا من ان يتغير خاطره منه فيسعى به عند مستكتبه سعاية
توجب له منه الضرر وكذا يوخذون بالركوب على سروج فوق الخمر كهيئة الاكف او قربها منه
ولا يركبون الخيل بل اختارا لمن خرون ان لا يركبوا صلا الا اذا خرجوا الى ارض قرية ونحوه
او كان مريضا اي الا ان تلزم الضرورة فيركب ثم ينزل في جامع المسلمين اذا مروا ولا يحملون
السلاح ويضيق عليهم الطريق ولا يبدا بالسلام ويرد عليه بقوله وعليكم فقط واذا عرف ان المقصود
العلامة فلا يتعين ما ذكر بل يعتبر في كل بلد ما يتعارفه اهله وفي بلادنا خصله العلامة في
العمامة فالزم السفاري العمامة الزرقا واليهود العمامة الصفرا واختص المسلمون بالبيضا
وكذا يوخذ نساهم بالزي في الطرق فيجعل على ملاءة اليهود به خرقة صفرا وعلى النصرانيه
زرقا وكذا في الحمامات وكذا تمييز دورهم عن دور المسلمين كي لا يقف سايل فيدعوا
لهم بالمغفرة او يعاملهم بالتقية كما يتقرع المسلمين ويمنعون من لباس يخص اهل العلم والزهد
والشرف ويجعل مكانهم خشنة فاسدة اللون ولا يلبسوا طيلسة كطيلسة المسلمين
ولا ارديه كما رديتهم هكذا امروا وانتفعت الصحابة **قوله** ومن امتنع من اداء الجزية او قتل
مسلما او زنى بمسلمة او سب النبي صلى الله عليه وسلم لم ينتقض عهده فيصير مباح الدم باعتبار انه
لا عهد له عندنا وقد بادا بها لانه لو امتنع من قبولها تنقض عهده وانت فمتى ينتقض عهده بالامتناع
عن اداء الجزية وقبول احكام الاسلام ولا ينتقضه بزنا بمسلمة وان يصيبها بنكاح او ان يقتل مسلما
عن دينه او يقطع الطريق او دل على عورات المسلمين او يقتل مسلما وهو قول مالك واحمد فيما
عدا اكراه المسلمة على الزنا لانه ينتقض عهده بذلك وفيما سوى سب النبي صلى الله عليه وسلم فانه يقتله به

ان لم يسلم ووافقه في هذا الشافعي في قول واحمد في رواية وللشافعي ايضا فيما اذا ذكره تعالى بما لا ينبغي
او سبه صلى الله عليه وسلم مؤمنا ان احدهما لا ينقض والاخر ينقض وجه قوله هذا انه بذلك ينتقض
ايمانه لو كان مسلما فينتقض به امانه اذ عقد الذمة خلف عن الايمان في افادة الامان فاينتقض الاصل
ينقض الخلف الادنى بالطريق الاولى وروي (ابو يوسف) عن حفص بن عبد الله عن ابن عمران رجلا
قال له سمعت راهبا سب النبي صلى الله عليه وسلم فقال لو سمعته لقتلته انا لم نعطهم العهود على هذا
قال المصنف ولان سبه صلى الله عليه وسلم كفر من الذمي كما هو ردة من المسلم والكفر والمقارن لعقد الذمة
لا يمنع عقد الذمة في الابتداء فالكفر الطارئ لا يرفعه في حال البقاء بطريق اولى يؤيده ما روي عن
عائشة رضي الله عنها ان رهطا من اليهود دخلوا عليه صلى الله عليه وسلم فقال السام عليك فقال وعليكم
قالت ففهمتها وقلت عليكم السام واللعنة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مهلا يا عائشة فان الله
يحب الرفق في الامر كله قالت فقلت يا رسول الله الم تسمع ما قالوا قال صلى الله عليه وسلم قد قلت وعليكم
ولانه ان هذا سب منهم له صلى الله عليه وسلم ولو كان نقضا للعهد لقتلهم لصيرورتهم حربيين قالوا
وحديث بن عمر اسناده ضعيف وجاز ان يكون قد شرط عليهم ان لا يظهروا سبه صلى الله عليه وسلم
والذي عندي ان سبه صلى الله عليه وسلم او نسبته ما لا ينبغي له الى الله تعالى ان كان مما لا تعتقد وفعا
كنسبة الولد اليه تعالى تقدس عن ذلك اذا اظهره يقتل به وينتقض عهده وان لم يظهره
ولكن عقد عليه وهو يكتمه فلاوجه هذا الا ان دفع القتل والقتال عنهم بقبول الجزية الذي هو المراد
بالاعطاء يقيد بكونهم صاغرين اذ الاعطاء بالنص والاجماع انما يراد لذلك لا عند مجرد القبول
واظهار ذلك منه كما في قيد قبول الجزية دفعا للقتل لانه الغاية في الحث وعدم الالتفات
والاستخفاف بالاسلام والمسلمين فلا يكون جاريا على العقد الذي يدفع عنه القتل وهو ان يكون
صاغرا ذليلا واما اليهود المذكورون في حديث عائشة فلم يكونوا اهل ذمة بمعنى اعطائهم الجزية
بل كانوا اصحاب موادعة بلا مال يوخذ منهم دفعا لشرهم الى ملكنا منهم لانه لم يوضع جزية قط
على اليهود والمجاورين من قريضة والنضير وهذا البحث هنا يوجب انه اذا استولى على المسلمين
على وجه ما وصار امره عليه حل للامام قتله او يرجع الى الذل والصغار **قوله** ولا ينتقض عهدهم
الا ان يلحق بدار الحرب او يغلبون اي اهل الذمة على موضع قرية او حصن فيحاربونا لانهم
بكل من الخصلتين صاروا حربا علينا وعقد الذمة ما كان الا لدفع شر حرابتهم فيجري عن الفائدة
فلا يبقى واذا انتقض عهدهم فحكمه حكم المرتد معناه في الحكم بموته بالحاق لانه التحق بالاموات
واذا تاب تقبل توبته وتعود ذمته ولا يبطل امان ذريته بنقض عهده وتبين منه
زوجته الذمية التي خلفها في دار الاسلام اجماعا ويقسم ماله بين ورثته ولذا في حكم ما عمله
من ماله الى دار الحرب بعد النقض ولو ظهر على الدار يكون فيا لعامة المسلمين كالمرتد اذا
لحق بالروم ولو لحق بدار الحرب ثم عاد الى دار الاسلام واخذ من ماله وادخله دار الحرب ثم ظهر على
الدار فالورثة احق به قبل القسمة مجانا وبعد القسمة بالقيمة لان الملك لم حين اخذه فان عاد
بعد الحكم بالحاق في رواية يكون فيا وفي رواية لا ولا يبعد ان يقال استقاله الى المكان
الذي تغلبوا فيه كانتقاله الى دار الحرب ان لم تكن متاخمة لدار الاسلام بالاتفاق وان
كانت على قولهما **قوله** الا انه لو اسر يسترق استثنا من قوله هو بمنزلة المرتد بخلاف
المرتد اذا لحق ثم ظهر على الدار فانه لا يسترق بل يقتل اذا لم يسلم وكذا يجوز وضع الجزية عليه
اذا عاد بعد نقضه وقيدنا بالذمة لانه ما كان التزم بالذمة الاسلام بل احكامه فجاز ان يعود الى الذمة
بخلاف المرتد التزم الاسلام فلا بد ان يعود اليه اما اذا لم يعد ولم يقبلها حتى اخذ بعد الظهور
فقد استرق ولا يتصور منه جزية **قوله** افرد احكام نصارى بني تغلب بفصل

ان حكمهم مخالف لسائر النصارى وتغلب ابن وائل من العرب من ربيعة نصروا في
الجاهلية فلما جاء الاسلام ثم زمن عمر دعاهم عمر رضي الله عنه الى الجزية فابوا وانفوا وقالوا نحن عرب
خذ منا كما ياخذ بعضكم من بعض الصدقة فقال لا اعتد من مشرك صدقة فلحق بعضهم بالروم فقال له
النعمان ابن زرعة يا امير المومنين ان القوم لهم باس شديد وهم عرب يانفون من الجزية فلا تعرضها
عدوك بهم وخذ منهم الجزية باسم الصدقة فبعث عمر رضي الله عنه في طلبهم ووضف عليهم فاجمع الصحابة
على ذلك ثم النعمان وفي رواية ابي يوسف يسنده الى داود ابن كردوس عن عبادة ابن النعمان التغلبي
انه قال لعمر رضي الله عنه ان بني تغلب الحديث الى ان قال فصالحهم عمر رضي الله عنه على ان لا يغمسوا احدا
من اولادهم في النصرانية ويضاعف عليهم في الصدقة وعلى ان يسقط الجزية من رؤسهم فلم يكن على كل راس منهم
الا زيادة حتى تبلغ مائة وعشرين فيها اربع شياه وعلى هذا في الابل والبقر والابل ثم اختلف الفقها
هل هي جزية على التحقيق من كل وجه او لا تقبل من كل وجه فلا يوخذ من المراة والصبي فلو كان للمراة ماشية
ونقد لا يوخذ منها وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة قال الكرخي وهذه الرواية اقيس وهو قول
الشافعي لان الواجب بكتاب الله تعالى عليهم الجزية فان صالحوهم على مال جعل واقعا عن المستحق
يؤيده قول عمر رضي الله عنه هذه جزية سموها ما شئتم وقال اصحابنا واحمد هو وان كان جزية في المعنى
فهو واجب بشرائط الزكاة واسبابها اذ الصلح وقع على ذلك ولهذا اليراعي فيه شرائط الجزية من وضع
الصغار فيقبل من النايب ويعطي جاز ان شاء لا يوخذ بتلبيبه والمصرف مصالح المسلمين لانه
مال بيت المال وذلك لا يحل الجزية والمراة من اهل ما وجب من المال بالصلح فيوخذ منها بخلاف
الصبي والمجنون لا يوخذ من مواشيهم واموالهم لعدم وجوب الزكاة عليهم عندنا بخلاف لزمهم فيوخذ
خراجا لا جزية والارض وليست عادة تتخص البالغين كنفقة عبيدهم وحاصل ما ذكر يفيد انه روعي
في هذا الماخوذ جهة الجزية في المصرف وفيما سوى ذلك روعي جهة الزكاة اما الاول فلانها حقيقة الجزية
واما الثاني فلان ما وقع عليه الصلح لا يغير وهذه الجزية التي وجبت بالصلح وقد علمت ان الجزية
متى كان قسم يجب بالصلح فتتغير على الوجه الذي وقع عليه الصلح كيف ما وقع والذي يراعى فيه من وجب
عليه وصفته وكميته هو الجزية التي يبتدي الامام وضعها ثنا واداء على ما تقدم **قوله** ووضع
على مولى التغلبي اي معتقه الخراج وخراج الارض وقال زفر يضاعف عليه ما يوخذ من المسلمين
كالتغلبي نفسه لقوله صلى الله عليه وسلم مولى القوم منهم وهذا الحديث اسند النسائي في الزكاة على
حرمان مولى الهاشمي الزكاة فكذا استدل به على التضعيف على مولى التغلبي وجميع الاحاديث المذكورة
في هذا الفصل تقدم الكلام عليها في كتاب الزكاة من هذا الباب ولنا ان هذا اي وضع الصدقة المضاعفة
تخفيف اذ لم يكن فيه وصف الصغار والدلالة برعيتهم في ذلك واستثنافهم ما سواه والمولى يلحق
بالاصل فيه اي في التخفيف الا ترى ان الاسلام في اسباب التخفيف ولو كان لمسلم مولى نصراني وضعت
عليه الجزية ولم يتعد اليه التضعيف الثابت بالاسلام فلان لا يتعدى التخفيف الثابت بوصف
التغلبية اولى بخلاف حرمة الصدقات على الهاشمي لانه ليس تخفيفا بل تحريم والحرمات تثبت بالشبهات
فالحق مولى الهاشمي به وينقض بمولى الغني تحرم الصدقة على معتقه ولم يتعد اليه فقال لانه يلزم من الغني
من اهل الصدقة في الجملة الا ترى انه لو كان عاملا عليها اعطي لغنايته هنا وانا الغني مانع من الاستفاء
عن المعطى له شرعا تحقق في حق سيده والتحق في المولى فخص السيد اما الهاشمي فليس باهل لهذا العمل
اصلا لشرفه وكرامته لا لسانع فيه ولذا لا يعطى هنا لو كان عاملا فالحق به مولاه من التكريم ان لا ينسب اليه
تلك الاوساخ بنسبة فان قلت هذا تقديم للعيني على النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم مولى القوم منهم
اجيب بان الحديث غير جار على عمومه بالاجماع فان مولى الهاشمي لا ينزل منزلته في الكفاية للاشمية
والامامة فكان عاما مخصوصا بالنسبة الى الكفاءة والامامة فيخص بالمعنى الذي ذكرناه ايضا وهو انه

تخفيف فلا يتعدى بالنسبة للتضعيف على المولى الاسفل بدليل التخفيف بالاسلام لم يتعد الى المولى
فيختص كون المولى منهم بانه دفع نقيصته لان نقيصته المولى الاسفل تنسب الى مولاه ووجه احزبان
القياس ان لا يكون المولى منهم لا ملزوما لاحكامهم لانه ليس منهم حقيقة وقد مر في الحديث به في منع الزكاة
وهو ما روي انه صلى الله عليه وسلم استعمل ارقم ابن ارقم على الصدقات فاستتبع ابا رافع مولى رسول الله
صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الصدقة لا تحل لمحمد ولا لآل محمد وان مولى القوم
منهم فاذا علم عدم عمومه فليخص بسببه وهو الزكاة واما الجواب بان قيل لم يوافق زفرا احد من الفقهاء
فقيل بل قوله مروي عن الشعبي **قوله** وما جباه الامام من الخراج ومن اموال بني تغلب وما اهداه
اهل الحرب على الامام والجزية تصرف في مصالح المسلمين كسد الثغور وهي مواضع يخاف هجوم العدو فيها
من دار الاسلام وبنا القناطر والجسور وهي ما يوضع ويرفع فوق الماء ليمر عليه بخلاف القنطرة بحكم بنائها
ولا ترفع وتعطى قضاة المسلمين وعمالهم وعلماؤهم منه ما يكفيهم وتدفع منه ارزاق المقاتلة وذراريهم فانه يجب
نفقتهم عليهم فلو لم يكفوهاس بيت المال اشتغلوا بالكسب وتركوا الاستعداد للدفع وهذا لانه مال بيت
المال لانه وصل الى المسلمين من غير قتال وما كان كذلك مصرفه مال بيت المال بخلاف الحاصل بسبب القتال
لانه يقسم بين الغانمين ولا يوضع في بيت المال واذا كان مال بيت المال يصرف الى موضعه وهو العالم وزاد
المصنف في التجنيس في علامة السيد اي يستحب انه يعطى ايضا للمعلمين والمتعلمين وبهذا تدخل طلبة العلم
بخلاف المذكور هنا لانه قبل ان يتاهل عامل لنفسه لكن ليعمل بعده للمسلمين **قوله** ومن مات في نصف
السنة فلا شيء له من العطاء لانه شرع صلة وليس بدين ولكونه صلة سمي عطاء ولا يملك قبل القبض فلا يورث
ويسقط بالموت وهذا لانه مات قبل تمام كمال حقه فجعل وقت المطالبة والحق الضعيف لا يجري فيه الارث
كسهم الغازي في دار الحرب لا يورث بخلاف ما اذا تم كل سهمه بعد الاحراز بدار الاسلام قبل القسمة
فانه يورث عملا بما اسلفناه وتقييد محمد رحمه الله في الجامع الصغير بنصف السنة وبما يشعر بانه
اذا مات اهزه يعطى ورثته قالوا الاجب ايضا ولكن يستحب لانه ادنى غناء اي تعبه في عمله للمسلمين
فيستحب ان يعطى وعلل شمس الائمة عدم وجوب اعطائه بعد مائت السنة ايضا بما ذكرنا بنصفها
فافاد انه لم يتاكد الحق بعد مائت السنة ايضا معولا على انه صلة فلا يملك قبل القبض وهذا يقتضي
عدم الارث على مقتضى الملك والوجه يقتضي وجوب دفعه لورثته لان حقه تاكد باتمام عمله في السنة
كما قلنا انه يورث سهم الغازي بعد الاحراز بدار الاسلام لتاكد الحق حينئذ وان لم يثبت له ملك
وقول صاحب الاسلام في شرح الجامع الصغير وانما خص نصف السنة لان عند اخرها يستحب ان يوصف ذلك
الى ورثته فاما قبل ذلك فلا الا على قدر عنايه يقتضي ان يعطى حصته من العام ثم قيل رزق القاضي
ومن في معناه يعطى اخر السنة ولو اخذ في اولها ثم مات او عزل قبل مضيها قيل يجب رد ما بقي وقيل
على قياس تعجيل المرأة النفقة لا يجب وقال محمد اجب الى رد الباقي كالدين المعجل لها نفقة لينزوجها
فمات قبل التزوج لعدم حصول المقصود وعند مما هو صلة من وجه فيتقطع حق الاسترداد بالموت كالرجوع
في الهبة ذكره في جامع قاضي خان والخصاف والعطاء هو ما يثبت في الديوان باسم كل من ذكرنا من القبائل
وفرض وهو كالجامكية في عرفنا الا انها شهرية والعطاء سنوي

باب المرتد

لما فرغ من بيان احكام الكفر الاصلي شرع في بيان احكام الكفر الطاري والمرتد هو الراجع عن دين الاسلام
قوله واذا ارتد المسلم عن الاسلام والعياذ بالله عرض عليه الاسلام فان كانت له شبهة ابداها كشفت
عنه عساه اعتوره اي عرضت له شبهة فتدراء عنه وفيه دفع شر باحسن الامرين وهما القتل والاسلام
واحسنهما الاسلام ولما كان ظاهر كلام العذوري وجوب العرض قال لا الا ان العرض على ما قاله المشايخ
غير واجب بل مستحب لان الدعوة قد بلغته وعرض الاسلام هو الدعوة اليه ودعوة من بلغته الدعوة
غير واجبة مستحبة **قوله** ويحبس ثلاثة ايام فان اسلم فيها والا قتل وهذا اللفظ ايضا من العذوري يوجب

وجوب الانتظار ثلاثة ايام على ما عرف من الاخبار في مثله فذكر عبارة الجامع وهو قوله وفي الجامع الصغير
المرتد يعرض عليه الاسلام فان ابى قتل اي مكانه فانه يفيد ان انتظاره الايام الثلاثة واجبا ولا استحبابا
وانما تعينت الثلاثة لانها مدة ضربت لا بلا اعذار بدليل حديث حسان بن منقذ في الخيار ثلاثة
ايام ضربت للتامل لدفع الغبن وقصة موسى صلى الله عليه وسلم مع العبد الصالح ان سالك عن شيء
بعدها وهي الثالثة الى قوله قد بلغت من لدني عذرا وعن عمر ان رجلا اتاه من قبل ابي موسى فقال له
هل من معربة خبر فقال نعم رجل ارتد عن الاسلام فقتلناه فقال هلا حبستموه ثلاثا واطعمتموه كل يوم رغيفا لعله يتوب ثم قال اللهم اني لم احضر ولم امر ولم ارض اخرجه مالك
في الموطا ظاهر نبذ عمر رضي الله عنه يقتضي الوجوب ثم قال المصنف تاويل الاول وهو قول الكرخي
الدال على وجوب امهال الايام الثلاثة ان يستمهل فيمهل وظاهر المبسوط الوجوب فانه قال اذا طلب
التاجيل اجل ثلاثة ايام لان الظاهر انه دخل عليه شبهة فعلينا ازالة تلك الشبهة او انه يحتاج
الى التذكر ليتبين له الحق فلا بد من المهلة واذا استمهل كان على الامام ان يمهله ومدة النظر جعلت
في الشرع ثلاثة ايام كما في الخيار ثم قال في حديث عمر المذكور الدال على الوجوب تاويله انه لعله طلب
التاجيل وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه يستحب ان يوجله ثلاثة ايام طلب ذلك او لم يطلب
وعن الشافعي ان على الامام ان يوجله ثلاثة ايام ولا يحل قتله قبلها لان ارتداد المسلم يكون عن
شبهة ظاهرا فلا بد من مدة يمكنه فيها التامل فقدرناها بثلاثة ايام لما ذكرنا والصحيح من قول
الشافعي انه ان تاب في الحال والا قتل لحديث معاذ وقوله صلى الله عليه وسلم من بدل دينه
فاقتلوه من غير تعيين بانظار وهو اختيار ابن المنذر وهذا ان اريد به عدم وجوب الانظار
فكذا هنا والاستدلال مشترك ومن الادلة ايضا قوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم
وهذا كافر حربي وان كان اريد به نفي استحباب الامهال فيقتل هذه الاوامر مطلقة وهي لا تقتضي
الفور فيجوز التاخير على ما عرف ثم ثبت وجوبه بحديث عمر رضي الله عنه وقول المصنف وهذا لانه
لا يجوز تاخير الواجب لامر موهوم ليس بجيد اذ يقتضي كراهة الامهال ثلاثة ايام وهو خلاف المذهب
وخلاف ما ذكرنا ان الامر المطلق لا يقتضي الفور الا اذا خيف الفوات فان قيل لا نسلم ان الاوامر المذكورة
مطلقة بل مقيدة للعموم للتاني في قوله فاقتلوه لانها تفيد الوصل والتعقيب قلنا تلك الفاء العاطفة
وهي في السبب فان قيل فتفيد الوصل بالمعلول لا بتاخر عن العلة قلنا المعلول وهو الحكم
الشرعي وهو اباحة قتله لا يتاخر عن علته المشيرة له وهي كفره واما ايجاب الامتثال على الفور
فشيء اخر ولا فرق في وجوب قتل المرتدين كون المرتد حرا ام عبدا وان كان يتضمن قتله ابطال
حق المولى بالاجماع والطلاق الدلائل التي ذكرناها وكيفية توبته ان يتبرا من الاديان كلها سوى دين
الاسلام لانه لا دين له قيل هو ان يقول ثبت ورجعت الى دين الاسلام وانا بريء من كل دين غير
دين الاسلام قيل لكن هذا بعد ان ياتي بالشهادتين والاقرار بالبعث والنشور مستحب وبه قالت
الائمة الثلاثة ولو تبرا عما انتقل اليه كفاه لحصول المقصود وفي شرح الطحاوي سئل ابو
يوسف عن الرجل كيف يسلم فقال يقول اشهد ان لا اله الا الله وان محمدا عبده ورسوله ويتبرا
مما جاء به من عند الله ويتبرا من الدين الذي انتحله وان شهد ان لا اله الا الله وان محمدا رسول الله
وقال ولم ادخل في هذا الدين قط وانا بريء منه اي من الدين الذي ارتد اليه مفهي توبة انتهى
وقوله قط يريد به معنى ابدا الان قط ظرف لما مضى لا لما يستقبل وفي شرح الطحاوي اسلام
السفرائي ان يقول اشهد ان لا اله الا الله وان محمدا عبده ورسوله ويتبرا من النصرانية واليهودية
لذلك يتبرا من اليهودية ولذا في كل ملة واما مجرد الشهادتين فلا يكون مسلما لانهم يقولون
بذلك غير انهم يدعون خصوص الرسالة الى العرب فيصدق ان رسول الله وخاتم الانبياء به

هذا فيمن يظهر ذلك منهم واما من في دار الحرب لو حمل عليه مسلم فقال يا محمد رسول الله فهو مسلم
او قال دخلت في دين الاسلام او في دين محمد صلى الله عليه وسلم فهو قبل اسلامه فكيف اذا اتى بالشهادتين
لان في ذلك الوقت ضيقا وقوله هذا انما اراد به الاسلام الذي يدفع عنه القتل الخاص فيحمل
عليه ويحكم به بمجرد ذلك فلو ارتد بعد ذلك قتلناه ولو ارتد بعد اسلامه ثانيا قبلنا توبته ايضا
وكذا ثالثا ورابعا الا ان الكرخي قال فان عاد بعد الثالثة يقتل ان لم يتب في الحال ولا يؤجل فارتاب
ضربه ضربا وجيعا ولا يبلغ به الحد ثم حبسه ولا يخرجه حتى يرى عليه خشوع التوبة وحال المخلص
حينئذ يخلى سبيله فان عاد بعد ذلك فعل به كذلك ابدا ما دام يرجع الى الاسلام قال الكرخي هذا
قول اصحابنا جميعا ان المرتد يستتاب ابدا وما ذكره الكرخي مروي في النوادر قال اذا تكرر ذلك
منه يضرب ضربا مبرحا ثم يحبس الى ان تظهر توبته ورجوعه انتهى وذلك لاطلاق قوله تعالى
فان تابوا واقاموا الصلاة واتوا الزكاة فخلوا سبيلهم وعن ابن عمر وعلي رضي الله عنهم لا تقبل توبة
من كرر ردته كالزنديق وهو قول مالك واحمد والليث لقوله تعالى ان الذين امنوا ثم كفروا
الاية قلنا رتب عدم المغفرة على شرط قوله ثم ازداد وا كفرا وفي الدراية قال في الزنديق لنا روايتان
في رواية لا تقبل توبته كقول مالك واحمد وفي رواية تقبل كقول الشافعي وهنا في حق احكام
الدنيا اما فيما بينه وبين الله جل ذكره اذا صدق قبله سبحانه بلا خلاف وما عن ابي يوسف لو فعل
ذلك مرارا يقتل قيل فسره بان ينتظر فاذا اظهر كله الكفر قتل قبل ان يستتاب لانه ظهر
منه الاستخفاف وقتل الكافر الذي بلغته الدعوة قبل الاستتابة جايز **قوله** فان قتله
قاتل قبل عرض الاسلام عليه او قطع عضوا منه كره ذلك ولا شيء على القاتل والقاطع لان الكفر
سبح وكل جناية على المرتد هدر ومعنى الكراهة هنا ترك المستحب وهي كراهة تنزيه وعند من
يقول بوجوب العرض كراهة تحريم وفي شرح الطحاوي اذا فعل ذلك اي القتل او القطع بغير
اذن الامام اديب **قوله** واما المرتدة فلا تقتل ولكن تحبس ابدا حتى تسلم او تموت ولو قتلها
قاتل لا شيء عليه لاحد حر كانت او امة وكره في المبسوط ولم يذكر الضرب وفي الجامع الكبير
وفي ظاهر الرواية ويروي عن ابي حنيفة انها تضرب في كل ايام وقدرها بعضهم بثلاثة
وعن الحسن يضرب كل يوم تسعة وثلاثين سوطا الى ان تموت او تسلم ولم يخصه بحرة ولا
امة وهذا اقل معنى لان مواساة الفريق تفضي اليه ولذا قلنا فيمن اجتمع عليه حدود الله
لا يقام عليه الحد الثاني ما لم يبرا من الحد السابق كيلا يصير قتلا وهو غير مستحق ثم الامة
تدفع الى مولاها فيجعل حبسها بيت السيد سواء طلب هو ذلك ام لا في الصحيح ويتولى هو حبسها
قال المصنف جمعا بين الحقين يعني حق الله وحق السيد في الاستخدام فانه لا منافاة بخلاف
العبد المرتد لانه يدفعه اليه لانه يقتل ولا يبقى ليمكن استخدامه ولا تسترق
الحرة المرتدة ما دامت في دار الاسلام فان لحقت بدار الحرب حينئذ تسترق
اذا سبيت وعن ابي حنيفة في النوادر تسترق في دار الاسلام ايضا قيل ولو لحقت بهذه
لا بابن به فيمن كانت ذات زوج حسما لقصد السبي بالردة من اثبات الفرقة وينبغي
ان يشترط الزوج من الامام او يرفعها الامام له اذا كان مصرفا اذ لا صارت بالردة فيئا
للمسلمين لا يختص بها الزوج فيملكها وينفسخ النكاح بالردة وحينئذ يتولى هو حبسها
وضربها على الاسلام فيرتد ضرر قصدها عليها قيل وفي البلاد التي استولى عليها التتر واجروا
احكامهم فيها وبقول المسلمين كما وقع في خوارزم وغيرها اذا استولى عليها الزوج بعد الردة
ملكها لانها صارت دار حرب في الظاهر من غير حاجة الى ان يشترط كما من الامام وقد افتى
الدبوسي والصفار ببعض اهل سمرقند بعدم وقوع الفرقة بالردة رد اعليها وغيرهم

مشوا

مشوا على الظاهر ولكن حكموا بجبرها على تجديد النكاح مع الزوج وتضرب خمسة وسبعين سوطا
واختاره قاضي خان للفتوى وعند الائمة الثلاثة تقتل المرتدة واقتصر المصنف على خلاف الشافعي
قال لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه وهو حديث صحيح البخاري وعن
قال ولان ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث انها جناية متغلظة هي جناية الكفر وجناية المرأة
قتشارکا في موجبا وهو القتل ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل النساء كما مر من الحديث
الصحيح وهذا مطلق يعم الكافرة اصليا وعارضا وثبت تعليله صلى الله عليه وسلم بالعلة المتضوعة
كما قدمناه في الحديث من عدم حرابها فيكان مخصصا بعموم ما رواه بعد ان عمومه مخصص
بمن بدل من الكفر الى الاسلام وما ذكر المصنف من المعنى بعد هذا زيادة بيان وهو ان الاصل
في الاجزية ان يتأخر الى ادبار الجزاء وهي الدار الاخرة فانها الموضوعة للاجزية على الاعمال
الموضوعة هذه الدار لها فهذه دار اعمال وتلك دار جزايها وكل جزا شرع في هذه الدار امره
الاصلاح تعود اليه في هذه الدار كالقصاص وحد القذف والشرب والزنا والسرقة وشرعت
لحفظ النفوس والاعراض والعقول والانساب والاموال فكذا وجب القتل بالردة ان يكون
لدفع شر حرابة لا جزاء على فعل الكفر لان جزاءه اعظم من ذلك عند الله تعالى فيختص عن يتأتى
منه الحراب وهو الرجل ولهذا نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قتل النساء بانها لم تكن تقاتل
على ما صح من الحديث فيما تقدم ولهذا قلنا لو كانت المرتدة ذات راي وتبع تقتل لردتها بل
لانها حينئذ تسعى في الارض بالفساد وانما حبست لانها امتنعت عن اداء حق الله تعالى
بعد ان اوجب به فتحبس كما في حقوق العباد وقد روى ابو يوسف عن ابي حنيفة عن عاصم بن
ابي النجود عن ابي رزين عن ابن عباس رضي الله عنهما قال لا تقتل النساء اذا هن ارتددن
عن الاسلام ولكن يحبسن ويدعين الى الاسلام ويجبرن عليه وفي بلاغات محمد قال بلغنا عن
ابن عباس رضي الله عنهما انه قال اذا ارتدت المرأة عن الاسلام حبست واما ما روى الدارقطني
عن جابر ان امرأة ارتدت عن الاسلام فامر النبي صلى الله عليه وسلم ان يعرض
عليها الاسلام فان رجعت والا قتلت فضعف بعمر بن بكر واخرجه ايضا من طريق احمد
عن جابر ولم يسم المرأة وزاد فعرض عليها فابت ان تسلم فقتلت وهو ضعيف بعبد الله
بن اذينة قال ابن حبان لا يجوز الاحتجاج به بحال وقال الدارقطني في المؤتلف والمختلف
انه متروك ورواه ابن عدي في الكامل وقال عبد الله ابن عطاء دين اذينة منكر
الحديث وروى حديث اخر عن عايشة ارتدت امرأة يوم احد فامر النبي صلى الله عليه وسلم
ان تستتاب فان تابت والا قتلت وفي سنده محمد ابن عبد الملك قال الواقدي يضع الحديث
مع انها معارضة باحاديث اخر مثلها وامثل منها اخرجه الدارقطني عن ابي رزين عن ابن عباس
قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تقتل المرأة اذا ارتدت وفيه عبد الله ابن عيسى الخزري
قال الدارقطني كذاب يضع الحديث واخرج ابن عدي في الكامل عن ابي هريرة ان امرأة
على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ارتدت فلم يقتلها وضعفه بحفص ابن سليمان قال ابن عدي عامة
ما يرويه غير محفوظ واخرج الطبراني في معجمه حدثنا الحسن ابن اسحق التستري حدثنا هرم
بن معلى حدثنا محمد ابن سلمة عن الفزاري عن مكحول عن ابي طلحة اليعمري عن ابي ثعلبة الخشني
عن معاذ ابن جبل ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له حين بعثه الى اليمن ايما رجل ارتد عن
الاسلام فادعه فان تاب فاقبل منه وان لم يتب فاضرب عنقه وايما امرأة ارتدت عن الاسلام
فادعها فان تابت فاقبل منها فان ابت فاستتبها وتقدم رواية ابي حنيفة عن عاصم عن ابي رزين
عن ابن عباس فيما اسنده الدارقطني عن ابن معين انه قال كان الثوري يعيب على ابي حنيفة حديثا

البنا

كان يرويه عن عاصم عن ابي رزين لم يروه غير ابي حنيفة عن عاصم عن ابي رزين مدفوع بانه اخرجه
الدارقطني عن ابي مالك النخعي عن عاصم به فزال انفراد ابي حنيفة الذي عاداه الثوري وروى
عبد الرزاق عن عمر انه امر بنى ام ولد تنصرت ان تباع في ارض ذات مونة على اهلها ولا تباع في
اهل دينها فبيعت في دومة الجندل من غير اهل دينها واخرج الدارقطني عن علي رضي الله عنه المرتد
تستتاب ولا تقتل ومتعه بخلاس **قوله** ويزول ملك المرتد عن املاكه زوالا مراعا اي
موقوفا عرمات في المال فان اسلم عادت اموالة على حالها الاولى وان مات او قتل على ردته
او لحق بدار الحرب وحكم الحاكم بلحاقه استقر امره فعلى السبب وهو كونه كافرا حربيا عملا مستندا
الى وقت الردة كالمشتري بشرط الخيار يثبت ملكه عند الاجازة مستندا الى وقت البيع وجعله
كخيار المجلس عند الشافعي يقتضي انه ملك ان لم يرتفع بالخيار وشرعا كالرجوع في الهبة وبه صرح بعض
الشارحين ورد عليه ان معنى للزوال المراعي والموقوف لانه اما ان يزول او لا فاجاب بانه
يزول ثم يعود بالاسلام وهذا ليس واقعا والا لم يستند ملكا ما قبله كالملك الراجع بالرجوع قالوا اي
الشارح هذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يزول ملكه والاصح من قول الشافعي مثل قوله وبه قال
مالك واحمد في روايته وقولهما قول اخر للشافعي ووجهه انه مكلف محتاج ولا يتمكن من اقامة التكليف
الا بماله واثر الردة في اباحة دمه لا في زوال ملكه وصار كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص لا يزول
ملكه ما لم يقتل ولابي حنيفة انه كافر حربي مقهور تحت ايدينا فلا يترك ان يقتل والملك عبارة عن القدرة
والاستيلاء التصرف في المال ولا يكون ذلك الا بالعصمة وكونه حربيا يوجب زوال ملكه وملكيته
ومقتضى هذا ان لا يزول في الحال على البات الا انه مدعو الى الاسلام ويرجى عوده اليه لانه كان ممن
دخله وعرف محاسنه والنبي عليه نسأل الله حفظه علينا في الجنة بمنه وكرمه فالغالب على الظن عوده
الى الاسلام فتوقفنا في امره فان اسلم جعل العارض كان لم يكن في حق هذا الحكم وهو زوال الملك وصار كان لم
يزل مسلما ولم يعمل السبب عمله وان ثبت منه احد ما قلنا عمل عمله من وقت وجوده ولا يخفى ان الحرابة
توجب انتقاء الملك لا زوال العصمة فان الحربي يملك غيره ان مملوكه لا عصمة له فاذا استولى عليه
زوال ملكه فيكون المرتد حربيا فضاربي ما يقتضي زوال عصمة نفسه وماله تبعا وهو باق على قيام
الملك في الحال فلا يوجب الحكم بالزوال مستندا ولهذا اراد قوله مقهورا تحت ايدينا فيكون ماله
مستوفيا عليه واعلم ان حقيقة المراد ان بالردة يزول ملكه زوالا باتا فان استمر حتى مات حقيقة
او حكما بالالحاق استمر الزوال الثابت من وقت الردة وان عاد عاد الملك وهذا هو باتي الحكم بالزوال
كان الساقط لا يعود فيقول ابو حنيفة ان الردة لما اقتضت الزوال والاجماع على انه ان عاد ماله
قائم كان احق به وجب ان يجعل لها فنقول بالردة يزول ثم بالعود يعود شرعا هذا وبعد اتفاقهما
على عدم زوال ملكه قال الشيخ ابو نصر البغدادي ان ابا يوسف جعل تصرفه بمنزلة تصرف من وجب
عليه القصاص فتصير تبرعاته من جميع المال وجعله محمد بمنزلة المريض فيعتبر من الثلث ووجه قول
محمد انه في مرض المخوف فهو اسوأ من المريض حالا وابو يوسف بنى على ان المرتد ممكن من دفع الهلاك
بالاسلام والمريض غير قادر عليه **قوله** وان مات او قتل على ردته او حكم بلحاقه انتقل ما اكتسبه
في اسلامه الى ورثته المسلمين وكان ما اكتسبه في حال ردته فيأ لجماعة المسلمين يوضع في بيت المال
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا كسبين لورثته وقال الشافعي ومالك واحمد كلاهما
في لانه مات كافرا والمسلم لا يرث الكافر احدا فبقي ماله حربي لا امان له لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب
فيكون فيأ ولهما ان ملكه في الكسبين بعد الردة على ما بيناه من انه مكلف محتاج اليه اخره فينتقل بموته
الى ورثته ويستند الى ما قبيل ردته اذ الردة سبب الموت فيكون توريث المسلم من المسلم وهذا
لا يتهض على الشافعي الا اذا بينا حكمية الاستناد وهو ان يقال ان اخذ المسلمين له اذا لم يكن له وارث

بطريق الوراثة وهو يوجب الحكم باسناده شرعا الى ما قبيل ردته والا كان يورث الكافر من المسلم ومحل
الحديث الكافر الاصلي الذي لم يسبق له اسلام او نقول استحقاق المسلمين له بسبب الاسلام والورثة
ساووا المسلمين في ذلك وترجحوا بجهة القرابة وكان القرابة ذات جهتين بالنسبة الى قرابة ذات
جهة كالاخ الشقيق مع الاخ لاب قال تعالى افمن كان ميتا فاحييناه ولابي حنيفة ما قلناه في وجهة التوريث
الا انه انما يمكن في كسب الاسلام لوجوده قبل الردة وهي الموت فيستند الارث الى ما قبله وقد قلت ان مجرد
ردته زال ملكه فما اكتسبه بعد الردة لا ينتفع مملوكا له ليمكن استناد التوريث ما قبيل موته الحكمي عن الردة
لانه انما يورث ما هو مملوك للميت عند الموت فيظهر ان الاختلاف بينه وبينهما في توريث كسب الردة مبني
على الحكم الخلافي المتقدم وهو ان المرتد تزول املاكه بالردة المستمر عليها حتى ما اكتسبه عنده وعندهما لا يزول حتى
يتحقق الموت الحقيقي او الحكم باللحاق واذا كان كذلك فما اكتسبه في زمن الردة يكون مملوكا له ثم اذا تحقق
الموت وقلنا بوجوب ارتهما اياه والعرض ان له مالا مملوكا فلا بد من ارثهم له وارثهم يستند عي
استناده الى ما قبيل ردته فيلزم بالضرورة اعتبارا ما اكتسبه في زمن الردة موجودا قبيل الحكم بوجود
سببه وهو نفس المزيد وان كان بعدوما حسا وتقديرا والله اعلم **قوله** ثم انما يرثه من كان وارثا
له حالة الردة بان كان حرا مسلما وبقي كذلك الى وقت موته او لحاقه في رواية عن ابي حنيفة
رواها عنه الحسن بن زياد وهذا الاعتبار الاستناد في الارث فان المستند لا بد ان يثبت
اولا ثم يستند فيجب ان يصادف عند ثبوته من هو بصفة استحقاق الارث وهو المسلم الحر وكذا
عند استناده حتى لو اسلم بعض قرابته او ولد من علوق حادث بعد الردة لا يرثه على هذه
الرواية وعنه انه يرثه من كان وارثا عند الردة فقط من غير اشتراط بقائه بالصفة الى الموت
وهذه رواية ابي يوسف عنه فلا يبطل استحقاقه اي استحقاق من كان وارثا عند الردة بعروض
موت ذلك الوارث او ردته بعد ردة ابيه بل اذا مات او ارتد يخلفه وارثه وهو وارث
الوارث وعلى هذه الرواية عول الكرخي لان الردة بمنزلة الموت فيعتبر وقتها لاستحقاق الميراث
وعنه انه يعتبر وجود الوارث عند الموت واللحاق وهي رواية محمد عنه قال في المبسوط
وهذا اصح لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده الا ترى ان الولد
الذي يحدث من المبيع بعد البيع قبل القبض يحمل كالموجود عند ابتداء العقد في انه يصير معقودا
عليه وتكون له حصة من الثمن الا انها غير مضمونة حتى لو هلك في يد البائع قبل القبض بغير فعل
احد هلك بغير شيء وبقي الثمن كله على البائع فلو كان تحقيق يرثه كافرا او عبدا يوم ارتد فتحقق
بعد الردة قبل ان يموت او يلحق او اسلم ورثه وهو قول ابي يوسف ومحمد الا ان الكرخي حكى بينهما خلافا
في اللحاق فعند ابي يوسف يعتبر حال الوارث يوم الحكم باللحاق وعند محمد يوم اللحاق لان الحكم
وجه ابي يوسف ان العارض يعني الردة منصور زواله فتوقف ثبوت حكمه على القضاء ووجه
محمد ان باللحاق تزول العصمة والامان والذمة في حق المسلمين والذمي هذا بمنزلة المكاتب
يموت ويترك وفاء فتؤدى الكتابة فانه يعتبر حال وارثه مات لا حال اداء الكتابة وجوابه
من قبل ابي يوسف ان اللحاق ليس حقيقة الموت الا يرى عمار تناعه لبثبت الحكم به بالاضافة
في حكمه لا نقطاع ولا يتنا عنه واحكاما ولا يثبت به احكام الموت قبل ان يتبا كد وذلك بالحكم به **قوله**
وترثه امراته المسلمة اذا مات او قتل او لحق بدار الحرب وهي في العدة لانه يصير فارا وان كان
صحيحا وقت الردة وهذا لان الردة لما كانت سبب الموت وهي باختياره انتهت الطلاق البائن
في مرض الموت وهو يوجب الارث اذا مات وهي في العدة لانه فار ولو كان وقت الردة مريضا
ولا اشكال في ارثها وقد يقال كون الردة تشبه الطلاق قضاء لا ان تجعل بالردة كانه طلقها والعدل
انه صحيح وطلاق الصحيح لا يوجب حكم الفار فالتحقيق ان يقال بالردة كانه مرض مرض الموت باختياره

لسبب المرض ثم هو باصراره على الكفر مختار فانه الاصرار الذي هو سبب القتل حتى قتل بمنزلة المطلق
في مرض الموت ثم يموت قتلا او حتف انفه او بلحاقه فبينت حكم الفرار وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة
انها ترثه وان كانت منقضية العدة لانها كانت وارثة عند ردته وبه قال ابو يوسف وهو تفريع
على رواية الاكتفاء بالتحقق بصفة الوارث حال الردة فقط وهي رواية ابي يوسف وما في الكتاب على رواية
الحسن بن زياد وبناية بالصفة الى الموت او على رواية اعتباره وقت موته فقط هذا واشتراط
قيام العدة ينتفي انها موطوءة فلا يرث غير المدخولة فهو كذلك وذلك لان مجرد الردة تبين المدخولة
لانها عدة فتصير اجنبية ولما لم تكن الردة موتا حقيقيا حتى ان المدخولة انما تعتد فيها بالحيض لا الاشهر
لم تنهض سببا للارث اذا لم يكن عند موت الزوج او لحاقه اثر من اثار النكاح لان الارث وان استند
الى الردة لكن يتقرر عند الموت وبهذا ايضا لا ترث المنقضية عدتها **قوله** والمرتدة كسائر الورثة
لانه لا حراب منها اذ المراة لا حراب منها سواء كانت كافرة اصلية او صارت كافرة لم يوجد سبب النفي
وهو سقوط عصمة نفسها المستتبعة لسقوط عصمة مالها فبقي كل من كسبي اسلامها وردتها على ملكها
فيرثها ورثتها بخلاف المرتد عند ابي حنيفة رحمه الله فان كسبه في الردة في حكم الكونه محاربا في حالة
اوانع المال بالحاق فلا يملكه لكونه مال حربي مقهور تحت ايدينا فلا يورث **قوله** ويرثها زوجها
المسلم اذا كانت ارتدت وهي مريضة فماتت من ذلك المرض او لحقت بدار الحرب مع ذلك المرض لانها
قصدت الفرار من الميراث الزوج بعد ما تعلق حقه بها بسبب مرض مخلاف ما لو ارتدت
وهي صحيحة فانها برده تا هذه لم تبطل لها حقا متعلقا بمالها وهذا التقرير فيه جعل ردتها كطلاقه
فردتها في مرضه مرضا كطلاقه في مرضه وردتها في صحتها كطلاقه في صحته وبه لا يكون فارا اذا مرض له
موت وهي في العدة مخلاف ما قررنا في جانب الرجل فان بردته في صحته ترث اذا مرض له موت
فلو جعلت ردته كطلاقه بائنا كان مطلقا في صحته وعروض الموت للمطلق في صحته لا يوجب له
حكم الفرار فلذا جعلنا ردته كمباشرته لسبب مرض موته ثم باصراره جعل مطلقا في مرضه فاذا
مات تبين حكم الفرار **قوله** وان لحق بدار الحرب مرتدا وحكم الحاكم بلحاقه عتق مدبروه واماؤه
اولاده وحلت ديونه المؤجلة ونقل ما اكتسبه في دار الاسلام الى ورثته المسلمين باتفاق علمائنا
الثلاثة ولذا ما اكتسبه في ايام ردته على قولها كما سردا بفعل حتى من ذلك ما كان معها في دار الاسلام
واما ما اوصى به في حال اسلامه فالمذكور في ظاهر الرواية من المبسوط وغيره انها تبطل مطلقا من غير
فرق بين ما هو قربة وغير قربة ومن غير ذكر خلاف وذكر الولوالجي ان الاطلاق قوله وقولها ان الوصية
بغير القربة لا تبطل لان لبقاء الوصية حكم الابتداء وابتداء الوصية بغير القربة بعد الردة عندهما تصح
وعند ابي حنيفة تتوقف فلذا هنا قيل واراد بالوصية بغير القربة الوصية للنائحة والمغنية
وقال الطحاوي لا تبطل فيما لا يصح الرجوع عنه وحمل اطلاق محمد لبطلان الوصية على وصية يصح الرجوع
عنها ووجه ابطلان مطلقا تقييد الوصية بحق الميت ولا حق له بعد ما قتل على الردة او لحق بدار الحرب
فكان رد ته كرجوعه عن الوصية فلا تبطل ما لا يصح الرجوع عنه كالتدبير لان حق العتق ثبت للمدبر
وبهذا عرف معنى تقييد الطحاوي الذي ذكرناه انفا وقال الشافعي ومالك واحمد يبقى ماله موقوفا
ويحفظه الحاكم الى ان يظهر موته ثمة او يسود مسلما فيأخذه لانه ابى اللحاق نوع غيبة ماشية
الغيبة في دار الاسلام وهذا لان الدار عندهم واحدة ولنا ان باللحاق صار من اهل الحرب وهم اموات
في حق احكام الاسلام لانقطاع ولاية الزام الاحكام عنهم كما هي منقطعة عن الموتى بخلاف الغيبة في بلدة
اخرى من دار الاسلام فان احكام الاسلام دولاية الزامها ثابتة فيها ولا يلحق بذلك واذا صار اللحاق
كالموت لانه حقيقة الموت لا يستقر حتى يقضى به سابقا على القضاء بشيء من هذه الاحكام
المذكورة في الصحيح لانا القضاء بشيء منها يكفي بل يسبق القضاء باللحاق ثم يثبت الاحكام المذكورة لكونها

كالموت قلنا اذا لحقت الحربية فلذوجها ان يتزوج باختها قبل انقضاء عدتها ولانه لا عدة على الحربية
من المسلم لان في العدة حق الزوج وتباين الدارين منافيه ولو سبيت او عاد حت مسلمة لم يضر نكاح
اختها لان العدة بعد ان سقطت لا تعود ثم المعتبر في كون الوارث وارثا عند اللحاق في قول محمد
عند السبب والقضا انما لزم لتقرره بقطع الاحتمال اي احتمال عوده اي اللحاق لا يوجب احكام الموت
الا اذا كان مستقرا وهو امر غير معلوم فبالقضاء به يتقرر وعند ابي يوسف يعتبر كونه وارثا
وقت القضاء حتى لو كان من يحيث يرث وقت الردة كافرا او عبدا ووقت القضاء مسلما حرا
ورث عند ابي يوسف لا عند محمد وهذا لانه اي اللحاق انما يصير موتا بالقضاء لانه مجرد غيبة
فتقرر كما بالقضاء به وبتقرره يصير موتا والارث يعتبر عند الموت وقد تمام وجهي القولين
والمرتدة اذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا الخلاف في المرتد وعلى الاحكام التي ذكرناها من
عتق مدبرها وحلول ديونها **قوله** وتقضى ديونه التي لزمته في حال الاسلام ما اكتسبه في حال
الاسلام وديونه التي لزمته في حال ردته ما اكتسبه في حال ردته وعلى هذا فان فضل من كسب الاسلام
عن ديون الاسلام شيء ورثته الورثة والا لا يرثون شيأ ولو فضل عن ديونه الردة شيء من
كسب الردة عند ابي حنيفة لانه لا يورث كسب الردة قال المصنف رحمه الله وهذا التفصيل
المذكور رواية عن ابي حنيفة قيل ورواها زفر عنه ولم ينسب الكرخي هذا الى ابي حنيفة
بل قال وقال زفر والحسن بن زياد لحقته في حال الاسلام الى اخره وعنه انه يبدأ بكسب الاسلام ينقضي
منه الدينان جميعا فان وفى فكسب الردة في جماعة المسلمين ولا يرث الورثة شيأ في هذه
الصورة الا ان يفضل عن الدينين فان لم يف كمل من كسب الردة وهذه
رواية الحسن عن ابن زياد عنه وعنه على عكسه وهو انه يقضى الدينان جميعا من كسب
الردة فان وفى بالديون ورثت الورثة كسب الاسلام كله وان لم يف كمل من كسب الاسلام
وورث الورثة ما فضل شيء وهذه رواية ابي يوسف عنه وجه الاول وهو التفصيل ان المستحق
بالسببين وهو دين الاسلام ودين الردة مختلف وحصول كل من الكسبين باعتبار السبب
الذي وجب به الدينان فيقتضي كل دين من الكسب الذي حصل به ليكون الغرم بالغنم وجه
الثاني وهو رواية الحسن ان كسب الاسلام ملكه حتى يخلفه الوارث فيه ومن شروط
هذه الخلافة الفراغ عن حق الموروث وهو مقدار ما عليه من الدين فيقدم الدين مطلقا عليه
اما كسب الردة فليس مملوكا له لبطلان اهلية الملك بالردة عند ابي حنيفة فلا يقضى دينه
منه الا اذا تغذر قضاؤه من محل اخر فحينئذ يقضى منه فان قيل كيف يقضى منه وهو في
ملك غير مملوك له بل لجماعة المسلمين اجاب فقال لا بعد في هذا فان الذمي اذا مات ولا وارث
له يكون ماله لجماعة المسلمين ومع ذلك ان كان عليه دين يقضى منه اولا وما فضل يكون للمسلمين
فكذلك ههنا قال في المبسوط وعلى هذا لا ينفذ تصرفه في الرهن وقضاء الدين من كسب الاسلام
وجه الثالث وهو رواية ابي يوسف ان كسب الاسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه
بمعنى انه ما تعلق به حق كما يتعلق في مال المريض والمرهون وهو قد ذكر ان املاكه تزول غير انه لا يلزم
من كونه خالص حقه لدينه ملكه لانه يزول خالص حقه وليس بملكه واذا كان
خالص حقه كان قضاء دينه منه اولى الا اذا لم يف فحينئذ ينقضي من كسب الاسلام تقديما لحقه
قال في المبسوط وعلى هذا ان نزل عند الرهن كقضاء الدين فاذا وفى دينه من كسب الردة او رهنه
بالدين فقد فعل حسنا كان يحق فعله هذه ثلاث روايات عن ابي حنيفة ولو لم يكن له
مال الا ما اكتسبه في حال ردته قضى منه وقال ابو يوسف ومحمد تقضى ديونه من الكسبين جميعا
لانها ملكه عندهما حتى يجري فيها الارث **قوله** وما باعه المرتد او اشتراه او اعتقه او رهنه

الى اخره قال المصنف اعلم ان تصرفات المرتد على اقسام ما فيها تفاق كالاستيلاد والطلاق لانه لا ينفذ
الى حقيقة الملك في الاستيلاد ولا الى تمام الولاية في الطلاق فان الاستيلاد يصح في جارية الابن
وحق المرتد في ماله اقوى من الاب في جارية ابنه ولذا تصح دعوة المولى ولدامة مكاتبه وحق
المرتد في ماله اقوى من حق المولى في كسب المكاتب لان المال موقوف على حكم ملكه حتى اذا اسلم كان له بلا
سبب جديد ولا ملك للاب والمولى فيما والطلاق يقع من العبد مع قصور ولايته فانه ولاية
له على نفسه واورد عليه ان بالردة تحققت الفرقة فكيف يقع الطلاق اجيب بانه لا يلزم
من وقوع البينونة امتناع الطلاق وقد سلف ان المبانة يلحقها صريح الطلاق ما دامت في العدة
وصرح في المحيط بان العرقة بالردة من قبيل الفرقة التي يلحقها الطلاق مع ان الردة لا يلزمها
الفرقة كالو ارتدا معا ومن هذا القسم تسليم الشفعة وقبول الهبة والحجر على عبده والمأذون لانها لا تبقى
على حقيقة الملك وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لانها تعتمد الملة ولا ملة له غير متوقف على ما انتقل
اليه من دين سماوي او غيره كالشرك فهو بمنزلة من لا ملة له وهذا حاصل ما قسموه بطهر الدين
من ان المراد الملة التي يدين بملك اللحاق التوارث والتناسل والمرتد لا يحق في نكاحه
من ذلك لانه لا يتدين حيا ومن هذا القسم ارثه واما الارث منه فقد تقدم انه ثابت لورثته
المسلمين وموقوف بالاتفاق كالمعاوضة مع المسلم لانها تعتمد المساواة بين الشريكين ولا مساواة
بين المسلم والمرتد فيتوقف عقد المعاوضة فان اسلم نفذت فان مات او قتل او قضى بلحاقه
بطلت بالاتفاق للكن تصير عيانا عندهما وعند ابي حنيفة تبطل اصلا لان في العيان وكاله
وهي موقوفة عنده ومختلف في توقفه وهو ما عددناه من بيعه وشرايه وعتقه
ورهنه ومنه الكتابة وقبض الديون والاجارة والوصية عنده هي موقوفة ان اسلم نفذت
وان مات او لحق او قتل بطلت لما ان الصحة للمعاملات التي ذكرنا تعتمد الاهلية لها
والفساد يعتمد الملك والاختلاف في وجود الاهلية لكونه مخاطبا بالايمان ولذا قتله فدع
كونه مكلفا وكذا املكه لقيامه قبل موته على ما قدرناه يعني من قوله مكلف محتاج الى اخره
وهما يوضح كونه ملك المرتد باقيا انه لو ولد له ولد من امراة مسلمة او امة مسلمة لستة
اشهد فصاعدا ورثه فلو كان ملكه زايلا لم يرثه هذا الولد ولو ان ولده قبل الردة
مات بعدها قبل موته ولحاقه لا يرثه واذا كان ملكه قايما واهليته نفذت تصرفاته عندها
الا ان عند ابي يوسف يصح كما يصح من جميع المال لان الظاهر عوده الى الاسلام لاشبهة
فلا يقتل ولا يكون كالمرتهن وعند محمد يصح من الثلث كما يصح من المريض لان من اتصل بخلة
لا سيما اذا كان بها معرضا مما نشا عليه فلا يتركه فكان بذلك على شرف الهلاك كالمريض
مرض الموت الا ان ابا يوسف يقول ببيه ومنع القتل عنه والموت على ذلك بتجديد الاسلام
بخلاف المريض ولابي حنيفة رحمه الله انه حربي مقهور تحت ايدينا على ما قررناه في توقف
الملك اي عوده لما حررناه من ان المراد انه يزول ملكه ثم يعود بعود صاحبه الاسلام من انه
حربي مقهور نفسه وماله تحت ايدينا وتوقف التصرفات بنا عليه فان التصرفات الشرعية
المذكورة توجب املاكا لمن قامت به وزوال املاك مثلا البيع يوجب ان يملك المبيع وان يخرج
من ملكه الثمن والاجارة كذلك والغرض ان ليس مع الردة ملك فامتنع افادة هذه التصرفات
احكامها في الحال فان اسلم افادته حين وقعت وهذا معنى التوقف فصار المرتد كالحربي
يدخل دارنا بلا امان فهو هذا ابو يوسف فتوقف تصرفاته لتوقف حاله حيث كان للامام
الخيار بين استرقاقه وقتله فان قتل او اسلم لم ينفذ منه هذه او اسلم لم يوجد له مال فكذا المرتد
وقوله واستحقاق الى اخره جواب ما يقال المرتد يجب ان يكون كالمقضي عليه بالقصاص والرجم

لانه

للتيقن بحصول العلوق في حال اسلام ابيه المرتد فكان الولد مسلما والمسلم يرث المرتد وفي الفوائد الظهيرية
ما ذكر في الكتاب ان الارث يستند الى حالة الاسلام فيكون توريث المسلم من المسلم فيما اكتسبه في حال الردة
يضعف بهذه المسئلة لان الولد يعني ولد الامة المسلمة هناك لم يكن موجودا حال الاسلام مع هذا يرث فعلم
ان الصحيح ما رواه محمد عن ابي حنيفة ان من كان وارثا عند موته سواء كان موجودا وقت الردة او حدث بعدها
انتهى وقد منا انه اصح من يقول بشمول الآية وعلى هذا فيكون تخصيصا بقوله صلى الله عليه وسلم لا يرث المسلم الكافر
بالكافر الاصلي الا انه يحتاج الى دليل التخصيص ويمكن كونه دلالة الاجماع على ارث المسلمين ماله اذا لم يكن له
وارث لان ذلك لاسلامهم فيما قدمناه فارجع اليه وهذا كله بناء على كونه اذا جاء به لستة اشهر
او اكثر يحكم بان العلوق بعد الردة والوجه انه متى جاء به لمدة يتصور العلوق فيها
في حالة الاسلام يجب ان يعتبر العلوق فيها وهذا يمكن اذا جاءت به لاقل من ستين بلحظة لانداعوط للحكم
بالاسلام لانه على هذا الاعتبار يعلق مسلما ويرثه وان كان خلاف المذهب كالذي جاءت به لاقل من ستة
اشهر الا ان على هذا الوجه به لتمام ستين فصاعدا لا يرث **قوله** وان لحق المرتد بدار الحرب
ثم ظهر المسلمون على ذلك المال فهو في اجماع الائمة الاربعة واما يخالف الائمة الثلاثة فيما في دار الاسلام من الباقي
من ماله على ما تقدم انه عندهم محفوظ له الى ان يظهر موته فيصير فيأ ولا يشكل كون ماله فيأ دون نفسه
فان مشركي العرب كذلك وان لحق ثم رجع واخذ ماله والحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال فحكم الورثة
فيه حكم مالك استولى عليه الكفار ثم ظهر عليه فوجد ماله وهو انهم ان وجدوه قبل القسمة رد عليهم وان
وجدوه بعدها اخذوه بقيمته ان شاء وان كان مثليا فقد تقدم انه لا يوخذ لعدم الفايدة ثم جواب
هذا الكتاب اعني الجامع الصغير وهو ظاهر الرواية لا يفصل بين ان يكون عوده واخذه المال بعد القضاء
بلحاقه او قبله اما اذا كان بعد القضاء بالالحاق فظاهر لانه تقرر الملك للورثة ثم استولى عليه
الكافر واحرزه بدار الحرب واما اذا عاد قبله فلان عوده واخذه وكاقته ثانيا يرجح جانب عدم
العود ويوكده فيتقدر موته وما اعتبر القضاء بالالحاق لصير ورثته مبراثا لا يتدرج عدم عوده
فيتقرر افاته لمه فيتقدر موته فكان رجعه واخذه ثم عوده ثانيا بمنزلة القضاء وفي بعض
روايات السير جعله فيأ لان مجرد الالحاق لا يصير المال ملكا للورثة والوجه ظاهر الرواية
قوله واذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضى به لابنه فكاتبه الابن ثم جاء المرتد
مسلما فالكتابة جايزة خلافا للايمة الثلاثة والولاء والمكاتبة اي بدل الكتابة للمرتد الذي اسلم لانه
لا وجه الى بطلان الكتابة لتعوده فانه بدل منفعة وهو انتفاء العبد له وما ال نقل الملك الى الاب لان
للكاتب ان يحتمل النقل من ملك ان شاء لمحمل كان الابن وكيل عنه فانه لما لحق بدار الحرب كان قائما
مقام ابنه على التصرف في ماله وحقوق العقد ترجع الى الوكيل في الوكالة بالكتابة والولاء لمن يقع
العتق عنه فلذا كان الولاء للمرتد الذي عاد مسلما بخلاف ما اذا كان ادى بدل الكتابة الى الابن فان
الولاء حينئذ يكون للابن **قوله** واذا قتل المرتد خطاء ثم لحق بدار الحرب او قتل على ردته فالدية
في مال اكتسبه في حال اسلامه خاصة عند ابي حنيفة وقالا في مال اكتسبه في الردة والاسلام اما ان الدية
في ماله فلان العواقل لا تعقل المرتد لان تحملهم العقل باعتبار نصرتهم اياه التي لا يتقوى على الحراة
والا نصرة منهم للمرتد واما انه عنده في مكتسب الاسلام فقط فلانه لا يملك غنمه عنده وعندهما يملك
الكل فيكون ماله من الكل وعلى هذا اذا غصب ماله فافسده يجب ضمانه في مال الاسلام وعندهما
في الكل وعلى هذا لو اعتق له مكتسب الاسلام والكتسب في الردة تقدر الجناية عند ابي حنيفة خلافا لهما
وقوله وماله المكتسب ماله مبتدا والمكتسب خبره والاولى في مثله الاتيان بضمير الفصل لدفع
توهم الصفة الا انه تركه للاعتداد اليه لفساد المعنى على الصفة وجناية الامة والمكاتبة المرتدين
جنايتهم في غير الردة ان الملك فيها قايم بعد الردة والمكاتب يملك المكتسب في الردة فيكون موجب

جنايته في كسبه والجناية على المماليك المرتدين هدر **قوله** واذا قطعت يد المسلم عمدا فارتد
والعياذ بالله ثم مات على ردته من ذلك القطع او لحق ثم جاء مسلما ومات منه فعلى القاطع نصف الدية
في ماله للورثة فيهما اما الاول وهو وجوب نصف الدية فيما اذا مات فلان القطع وان وقع على محل
معصوم لكن السراية التي اصارت القطع قتلا حلت المحل بعد زوال عصمته فاهدرت اذ لو لم تهدر وجب
القصاص في النفس للعمد وايضا صار اعتراض زوال العصمة شبهة في سقوط القصاص في اليد واذا
اهدرت السراية وجب دية اليد لان هذا القدر وقع زمن العصمة واقل ما فيه دية اليد بخلاف ما لو
قطعت يد المرتد ثم اسلم فمات من ذلك القطع فانه لا يجب الضمان اصلا لان القطع وقع في وقت لا عصمة
لما فيه وهو وقت الردة فكانت هدرا والهدر لا يلحقه الاعتبار اما للاعتبار فقد يلحقه الاهدار بالاجرا
فكذا بالردة واما الثاني وهو وجوب نصف الدية اذا لحق ثم عاد مسلما فمات من القطع قال المصنف
ومعناه اذا لحق بلحاقه فانه صار ميتا تقديرا بالحاقه بدار الحرب والموت بقطع السراية واسلامه حياه
حادثة بعد التقدير فلا يعود حكم الجناية الاولى اليها قيل لانه ما ثبت سراية بعد انقطاع حكم القطع
يوجب الاقتصار على موجب القطع الواقع في حال العصمة من حيث هو قطع لا قصاص فيه وفي ذلك نصف
دية النفس يوجب للورثة واما اذا لم يلحق بلحاقه حتى عاد مسلما فمات فهو على الخلاف الذي بينه
قال شمس الايمة الصحيح انه على الخلاف وقال فخر الاسلام لا نص فيه ثم قال وهو على الاختلاف
ويريد بقوله الذي بينه ما يذكر من ان على قول محمد يجب نصف الدية وعلى قولهما دية النفس
كاملة فمبنى على هذا وهي قوله وان لحق بها اي المقطوع يده مسلما اذا ارتد ثم اسلم فمات من القطع من غير
تخلل كان فعند ابي حنيفة وابي يوسف على القاطع دية كاملة استحسانا وعند محمد وزفر في جميع
ذلك يعني الصور الاربعة دمها اذا قطعت يده مسلما فارتد ومات على ردته ثم اسلم بلحاق
او ارتد ولحق بعد القضاء او قبله ثم عاد فاسلم نصف الدية قياسا ووجهه ان اعتراض الردة اهدر
السراية حتى لو قتله قاتل لا شيء عليه فاذا اسلم بعد ذلك لا ينقلب الاسلام الى الضمان من
غير سبب جديد وصار كما لو قطعت يد مرتد او حربي فاسلم لا يجب على القاطع شيء ولهما ان الجناية
وردت على محل معصوم لانه مسلم وقت فيه لانه مسلم في الحالين فيجب ضمان النفس كما اذا لم
يتخلل الردة وهذا لان تخللا كان يوجب حال البقاء فقط وانما يوجب سقوط العصمة في حال البقاء وهذا
تثبيت التبعية المستطة للقصاص في النفس فيبقى ضمانها بالدية لان سقوط العصمة في حال
البقاء لا يمنع كما يوجب هدر الجناية الا لو كانت العصمة معتبرة حالة البقاء ابتداء وانتهاء والواقع
انها غير معتبرة بينهما في ذلك وانما المعتبر فيما هو في حال ابتداء الجناية لانعقاده سببا وفي حال
الموت ليتبت الحكم وهو الضمان وحالة البقاء بمعزل اذ ليست حال انعقاد سبب
الضمان ولا حال ثبوت حكمه نصا وكقيام الملك في حال بقاء اليمين لا عبرة به بل المعتبر قيامه
حال التعليق وحال ثبوت الحكم وهو حال وجود الشرط حتى اذا قال لزوجته ان دخلت فانت
طالق ثم ابانها ثم تزوجها فدخلت طلقت وكذا العبد ان تعلق حر فباعه ثم اشتراه
فدخل عتق وكذا وجود الشهاب في ايجاب الكفارة المعتبر وجوده اول الحول لينعقد السبب
وفي آخره ليثبت حكمه هذا اذا كان المقطوع يده هو الذي ارتد فلو كان القاطع هو الذي ارتد
في المبسوط فان قتل او مات المقطوع يده من القطع مسلما فان كان عمدا فلا شيء له لان الواجب
القصاص وقد فات محله حين قتل على ردته او مات وان كان خطا فعلى عاقلة القاطع دية
النفس لانه عند ايجابه كان مسلما وجناية المسلم خطا على عاقلته وتبين بالسراية ان جنايته
كانت قتلا فكانت على عاقلته ولو كانت الجناية منه حال الردة كانت الدية في الخطا في ماله
لما بينا ان المرتد لا يعقل جنايته احد **قوله** واذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب

ملا في ايام ردته يفي بكتابته فاخذ جاله ابي اسرو ابى ان يسلم فقتل فانه يوفي مولاه مكاتبته و
وما بقي فلورثته وهذا ظاهر على اصلهما لان كسب الردة ملكه اذا كان حرا فكذا اذا كان مكاتبا اذ ان
الكتابة لا تبطل بالموت فبالردة اولى واذا كان ملكه قضيت منه مكاتبته واما عند ابي حنيفة
رحمه الله فيشكل لانه لا يملكه كسب الردة اذا كان حرا وملكه اياه مكاتبا ووجهه ان المكاتب انما ملك
اكسابه بعقد الكتابة والكتابة لا توقف بالردة ولا تبطل بالموت فيستمر موجبها بعد الردة
فيتحقق ملكه في اكسابه ولا يتوقف فيقضى منها ويورث الباقي وقوله الاتي الى اخره توجيه
لعدم توقف تصرف المكاتب المرتد وهو يرجع الى توجيه عدم بطلان الكتابة بالردة لان الحكم
يبقى العقد يوجب الحكم بثبوت احكامه فالاستدلال على ثبوت حكمه استدلال على ثبوته
وكان يكتفيه فيه كون الكتابة لا تبطل بالموت الحقيقي فاولى ان لا تبطل بالموت الحكمي وهو الردة
فان منع عدم بطلانها بالموت الحقيقي اكتفى بالاستدلال على مسئلة الكتاب اذا مات عن وفاء
واستدلال المصنف وجه احر حاصله بدلالة حال الرق فانه لا يتوقف تصرف المكاتب بسبب
رقه ح ان الرق اقوى من الردة في نفي صحة التصرف حتى لا يصح استيلاده فاولى ان لا يتوقف
بسبب ردته والحاصل ان عقد الكتابة منع مقتضى الردة كما منع مقتضى الرق فصار المكاتب
في دار الحرب كقوله في دار الاسلام واورد عليه بان كون احدهما لا يمنع مع عقد الكتابة لا يستلزم
ان لا يمنع اذا اجتمعا وقد اجتمع في المرتد المكاتب الرق والردة فلم ان ينتفي التصرف اجيب
مرة بان جواز المنع لا يستلزم وقوعه فيبقى على العدم الاصلي ومرة بان الكتابة مطلق للتصرف
وكل من الرق والردة مانع منه بانفراده وقد ثبت شرعا ترجيح مقتضى الكتابة على مقتضى احدهما
وانضام احدهما الى الاخر انضام علة الى اخرى فهما يعللان بعلتين مستقلتين وتأثير جيح بكثرة العلل
المستقلة لما عرف بل الترجيح بوصف في العلة **قوله** واذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله
ولحقا بدار الحرب فحبلت المرأة في دار الحرب وولدت ولدا وولد لولدها ولد فظهر عليهم جميعا
فالولد ان في زمان المرتدة تسترق فيتبعها ولدها ثم يجبر الولد على الاسلام قال الولوالجي وتأمل
ولد المسلم اذا بلغ ولم يصف الاسلام يجبر عليه ولا يقتل ولا يجبر ولد الولد اما يجبر الولد فلانه
يتبع ابويه او احدهما في الدين فيكون مسلما باسلامهما ومرتدا بردتهما فلما كان مرتدا يردتهما
اجبر كما يجبران وانما لم يجبر ولد الولد لانه لا يتبع جده بل اباه لقوله صلى الله عليه وسلم كل مولود يولد
على الفطرة حتى يكون ابواه هما الذي يهودانه الحديث اي يستتبعانه في ذلك وانما لم يجعل
تبعا لابيه في الردة فيجبر مثله كان ردة ابيه كانت تبعا والتبع لا يستتبع خصوصا واصل
التبعية ثابتة على خلاف القياس لانه لم يرتد حقيقة ولهذا يجبر بالحبس لا بالقتل بخلاف
ابيه واذا لم يتبع الجد فيسترق او توضع عليه الجزية او يقتل لان حكمه حينئذ حكم سائر
اهل الحرب اذا اسروا واما الجد فيقتل لانه مرتد بالاصالة او يسلم وروى الحسن
عن ابي حنيفة ان ولد الولد يجبر على الاسلام فجعل مرتدا تبعا له قال المصنف واصله التبعية
في الاسلام حتى اصل الجبر على الاسلام تبعا للجد فجعل مرتدا هو ثبوت الاسلام تبعا للجد وهي رابعة
اربع مسايل كلها على الروايتين رواية ظاهر الرواية لا يكون الولد تبعا للجد ورواية الحسن يكون
تبعا احدى هذه والثانية صدقة النظر للولد الصغير اذا كان جده موسرا واب له اوله اب
معسرا وعبد لا يجب على الجد في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن يجب عليه والثالثة جر الولاء ورثها
معتقة تزوجت بعبد له اب عبد فولدت منه فالولد حر تبعا لامه ودلاؤه لمولى امه فاذا عتق
جد لا يجر ولاءها فهو اليه عن موالي امه في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن يجره كما لو اعتق ابو
والرابعة الوصية للمرابحة لا يدخل الولد ان ويدخل الجد في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن لا يدخل كالاب

وتقييد

وتقييد الحمل بدار الحرب ليس لاخراج الحمل في دار الاسلام عن حكم المسئلة اعني جبر الولد بل لافادة
حكم الجبر فيما اذا حملت في دار الاسلام وولدت في دار الحرب بطريق الاولى لانه اذا اجبر مع انه
علق في دار الحرب وللدار جهة استتباع تقتضي انه ابعد عن الاسلام فلان يجبر اذا علق في دار
الاسلام على الاسلام اولى هذا اذا ولدتهما ولد بعد لحوقها اما اذا ارتدا ولحقا بولد لهما صغير
ثم ظهر عليهم فالولد في زمان الولد الصغير صار مرتدا تبعا للابوين وولد المرتد يصير فيأ بالسبي
كذا ذكره ولو صح لزم انهما لو لم يلحقا به يكون مرتدا وليس كذلك على ما تقدم من انه ثبت له حكم الاسلام
فينبغي عليه الاجبار والاحسن ما في المبسوط من انه خرج عن كونه مسلما بالالحاق به فان ثبوت
حكم الاسلام للصغير باعتبار تبعية الابوين والدار وقد انعدم كل ذلك حين ارتدا ولحقا به
فكان الولد فيأ يجبر على الاسلام اذا بلغ كالمجتبر الام عليه فان كان الاب ذهب به وحده والام
مسلمة في دار الاسلام لم يكن الولد فيأ لانه بقي مسلما تبعا لامه فان قيل كيف يتبعها بعد تباين
الدارين قلنا تباين الدارين يمنع الاتباع في الاسلام ابتداء لا في ابتدائه ما كان قائما الا ترى
ان الحربي لو اسلم في دار الحرب وله ولد صغير وخرج الينا دارنا بقي الولد مسلما حتى لو ظهر
عليه لا يكون فيأ بخلاف ما لو اسلم في دارنا وله ولد في دار الحرب وبرت هاتان المسلمتان
وكذا ان كانت الام مسلمة والولد معها خرج ار الحرب بالموت بتأكد الاسلام ولا ينقطع

قوله وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد عند ابي حنيفة ومحمد ابي يصح فلو مات له قريب
مسلم بعد ردته لا يورث منه وبه كان يقول ابو يوسف ثم رجع وقال ليس بارتداد واسلامه
اسلام باتفاق الثلاثة فلا يبث ابويه الكافرين اقاربه المسلمين ولا يصح نكاح المشركة
له ويحل له المومنة وتبطل مالية الخمر والخنزير ونحو ذلك وعن ابن ابي مالك عن ابي يوسف
ان ابا حنيفة رجع الى قول ابي يوسف وقال زفر والشافعي اسلامه ليس باسلام وردته ليس
بارتداد لها اي زفر والشافعي في عدم صحة اسلامه انه تبع كابويه فيه فلا يجعل اصلا للشاف
بين صفة الاصلية والتبعية لان الاول سمة القدرة والثانية سمة العجز ثم اسلامه
يصح تبعا لابويه فلا يجعل اصلا مستقلا به ولانه يلزمه احكام تشوبها المضرة من حرمان
الارث والفرقة بينه وبين زوجته المشركة فلا توصل له كالطلاق والعتاق ولنا انه
اي اسلامه ان عليا رضي الله عنه اسلم في صباه وصح النبي صلى الله عليه وسلم اسلامه وافتخار
بذلك مشهور واما افتخاره فما نقل من قوله رضي الله عنه سبقتكم الى الاسلام طرا غلاما ما بلغت
واما ما عن انس انه اسلم وهو ابن خمس عشرة سنة فلم يوافقه احد عليه سوى رواية عن احمد
الصحيح بل الصحيح عنه انه اسلم بن ثمان سنين قال ابن الجوزي استقراء الحال يبطل رواية الخمس
عشرة لانه اذا كان له يوم البعث ثمان سنين فقد عاش معه ثلاثا وعشرين سنة وبقي
بعد النبي صلى الله عليه وسلم نحو ثلاثين سنة فهذه مقاربة الستين وهو الصحيح في مقدار عمره
ثم اسند عن جعفر بن محمد عن ابيه قال قتل علي رضي الله عنه وهو ابن ثمان وخمسين سنة
قال ابني قلنا انه كان يوم اسلامه ابن خمس عشرة سنة فمدة عمره ثمانيا وستين ولم يقله احد
واخرج البخاري في تاريخه عن عروة اسلم علي وهو ابن ثمان سنين واخرج الحاكم في المستدرك
من طريق ابن اسحاق انه اسلم وهو ابن عشر سنين واخرج ايضا عن ابن عباس رضي الله عنهما
دعا النبي صلى الله عليه وسلم الراية الى علي يوم بدر وهو ابن عشرين سنة وقال صحيح على شرط
الشيخين قال الذهبي هذا نص على انه اسلم وله اقل من عشر سنين بل نص انه اسلم بن سبع
او ثمان سنين وما ذكر الثعلبي وغيره في اتفاق الاعمار من ان كلا من النبي صلى الله عليه وسلم
وابي بكر وعمر وعلي عاش ثلاثا وستين سنة يقتضي ان عمر حين اسلم كان عشر سنين وهو ما تقدم

او ان حلي

من رواية الحاكم من طريق ابن اسحق قال صاحب التنقيح ولانه صلى الله عليه وسلم عرض الاسلام على بن صياد
وهو غلام لم يبلغ وقد يقال تصحيحه صلى الله عليه وسلم اسلامه ان اريد به احكام الاخرة وكلامنا
في تصحيحه في احكام الدنيا والاخرة حتى لا يرث اقاربه الكفار ونحو ذلك ولم ينقل انه صلى الله
عليه وسلم صححه في حق هذه الاحكام بل في العبادات فانه كان يصلي بعد على ما هو ثابت ونحو ذلك
ثم لو نقل من قوله صلى الله عليه وسلم صحت اسلامه امكن ان يصرف اليه باعتبار الجهتين لكن لم
ينقل ذلك وقد اورد هذا السؤال على خلاف هذا الوجه وعلى ما ذكرنا هو الوجه قيل ومن اقبح
القبايح ان لا يسبي مسلما مع اشتغاله بتعلم القران وتعليمه والصلاة قيل والعجب من الشافعي
كيف يصح اختيار لاحد ابويه عند الفرقة مع ظهور انه اذا اختار من سطلق عنانه الى اهوية
من اللعب وغيره ولا يصح اختيار المتطوع بخيريته فان قال هو غير مكلف قلنا انما يلزم
ذلك اذا قلنا بوجوب عليه قبل البلوغ كما عن ابي منصور والمعتزلة وانه يتبع مسقطا للواجب
لكنا اخترنا انه يصح لتترتب عليه الاحكام الدنيوية والاخروية ثم اذا بلغ لزمه فلو ارتد
بعد البلوغ اجبر على الاسلام بالحبس لا بالقتل خلافا للمسلم بالغا وعند احمد ومالك يقتل ان لم يعد
الى الاسلام قال المصنف ولانه اتى بحقيقة الاسلام وهو التصديق والاقرار معه والتصديق
الباطني يحكم به للاقرار الدال عليه على ما عرف من تعليق الاحكام المتعلقة بالباطن به واذا كان
كذلك فقد دخل حقيقة الايمان فاية به في الوجود فكيف يصح ان يقال لم تدخل وابتصفا
مع الدخول والاتصاف فان قال الايمان الذي انتفيه منه هو المعتبر فما دخل في الوجود
لا انتفيه وللان اقول لا يعتبر شرعا قلنا دعوى عدم الاعتبار بعد وجوده الحقيقة اما لعدم
اهلية الصحة وهو منتف لانه جعل اهلا للنبوة كما يجيء عليه الصلاة والسلام وهي فرع الايمان
والاتفاق على اهليته للصلاة والصوم حتى يحان منه ويثاب عليها دليا لعدم اهلية الوجوب
فيلزمه والكلام ليس فيه كما ذكرنا فيه انفا واما لحاجز شرعي وهو منتف ولا يليق ان يثبت
شرعا منع عن الايمان بالله سبحانه مع عقليته ومعرفته ثم مقتضى الدليل ان يجب عليه بعد البلوغ
عقيب التصديق والاقرار لستوطه به ولا يكفيه استصحاب ما كان عليه من التصديق
والاقرار غير المنوي به اسقاط الفرض كما انه لو كان يواظب الصلاة قبل بلوغه لا يكون كما كان
يفعل بل لا بد فيه بعد بلوغه منها الاقرنه بنية اداء الواجب امتثالا لكنهم اتفقوا على انه
لا يجب بل يقع فرضا قبل البلوغ اما عند مخرج الاسلام فلانه يثبت اصل الوجوب به على الصبي
بالسبب وهو حديث العام وعقليته دلالته دون وجوب الاداء لانه بالخطاب وهو غير مخاطب
فاذا وجد بعد السبب وقع الفرض كتعجيل الزكاة واما عند شمس الايمة فلا وجوب اصلا لعدم
حكمه وهو وجوب الاداء فاذا وجد وجد وصار كالمسافر يصلي الجمعة بسقط فرضه وليست
الجمعة فرضا عليه لكن ذلك للتنزفيه عليه بعد سببها فاذا فعل تم ولا نعلم خلافا بين المسلمين في
عدم وجوب نية فرض الايمان بعد بلوغ من حكم بصحة اسلامه صبيا تبعا لابويه المسلمين
او لاسلامه وابواه كافران ولو كان ذلك فرضا لم يغفله اهل اجماع عن اخرهم واما قوله
يشوبه ضرر قلنا ما تتعلق به السعادة الابدية وتنزل به توقع مضرة ابدية من رد
اسلامه ليستمر على الكفر كل عاقل يجيبه ولا يبالي معه بذلك الضرر لانه لا نسبة له بالضرر
الاخر واما الثاني الذي ذكرنا فانما يلزم لو قلنا باجتماع كونه تبعا واصلا معا ولسنا نقول به
بل هو تبع مالم يعقل ويقر مختارا فاذا عقل واقر مختارا نقول انقطعت تبعيته في حق هذا
الحكم وبقي اصلا وفي المبسوط منع المضادة واجاز اجتماعهما كالمراة تسافر مع الزوج فكون مسافرة
تبعا له حتى اذا لم ينو السفر يكون مسافرا ولو نوته صارت مسافرة ونبعا فجعلها امرين متباينين

احدهما بالاخر قال المصنف ولم ير الردة يعني الشافعي وزفر وابا يوسف انها مضرة محضة
بخلاف الاسلام على اصل ابي يوسف لانه تعلق به اعلى المنافع ودفع اعظم المضار وابي حنيفة ومحمد
ما قلنا من انها موجودة حقيقة بوجود حقيقة من الانكار والاقرار به والامر للحقيقة فان قيل
لا يلزم من اعتبار الحقيقة وعدم ردها في الاسلام مثله في الردة لما في ذلك من النفع وفي الردة
من الضرر الا ترى انه يصح منه قبول الهبة ولا يصح منه الهبة للجواب ان حقيقة الداخلة منه
في الوجود اذا كانت مما يقطع فيه بالعلم او الجهل فهي التي لا يمكن عدم اعتبارها كالايمان
والردة فانه لا يمكن ان يجعل عارفا اذا علم جهله بالكفر او جاهلا اذا علم علمه بالايمان فلا بد
من اعتبارها بعد وجودها وصار كما اذا صام بنية جعل صايما شرعا فلو اكل جعل مفطرا ولم يجعل
صايما ولذا اذا صلى ثم افسدها فاما اذا كانت مما لا يقطع فيها ذلك بل يجيء دايرة بين علمه بالمصلحة
وجهله بها فلا نحكم منه لانا لم نتيقن بالمصلحة في نفس الامر وذلك كالهبة فانه جايز فيه كونه
غير المصلحة لما علمه من حسن الجزاء عليها بالضعف وجايز كونه جاهلا في ذلك فان لم يكن حالة لذلك
فنحن ها خلاف القبول فانا علمنا علمه بالمصلحة فلا نجعله جاهلا بها واذا ثبت ان الحقايق
بعد العلم بثبوتها لا تزول لزم ضررها بالضرورة الا ترى انا اتفقنا على جعله مرتدا اذا ارتد
ابواه ولحقا به بدار الحرب مع ما فيه من الضرر **قوله** الا انه اي الصبي المرتد يجبر
على الاسلام لما فيه من النفع المتيقن ودفع اعظم المضار ولا يقتل وهذه رابعة اربع مسايل
لا يقتل فيها المرتد احدها الذي كان اسلامه تبعا لابويه اذا بلغ مرتدا ففي القياس يقتل كقول
مالك وثالث في وفي الاستحسان لا يقتل لان اسلامه لما ثبت تبعا لغيره صار شبهة
في اسقاط القتل عنه وان بلغ مرتدا الثانية اذا اسلم في صغره ثم بلغ مرتدا ففي القياس
يقتل وبه قال مالك واحد وفي الاستحسان لا يقتل لقيام الشبهة بسبب اختلاف العلماء في
صحة اسلامه في الصغر والثالثة اذا ارتد في صغره والرابعة الكرخ على الاسلام اذا ارتد لا يقتل
استحسانا لان الحكم باسلامه من حيث الظاهر لان قيام السبب على ما هو ظاهر في عدم
الاعتقاد فيصير شبهة في اسقاط القتل وفي كل ذلك يجبر على الاسلام ولو قتله قاتل
قبل ان يسلم لا يلزمه شيء ذكر الكل في المبسوط ولها خامسة وهو اللقيط في دار الاسلام
محكوم باسلامه ولو بلغ كافرا اجبر على الاسلام ولا يقتل كالمولود بين المسلمين اذا بلغ كافرا
وقال المصنف في وجه عدم قتله لانه اي القتل عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان
مرحمة عليهم وبين ان الكلام كله في الصبي الذي يعقل الاسلام وفي المبسوط زاد كونه
بحيث يناظر ويفهم وبفهم واعترض جماعة من الشارحين قول المصنف مرحمة عليهم بانه
يعذب في الاخرة محله افليس بمرحوم ونقل ذلك عن الاشراروالمبسوط وجامع الترمذي رحمه
الله واحال الترمذي هذه الرواية الى البخرة فالاولى في التعليل ما في المبسوط من انه لا يقتل لاختلاف
العلماء في صحة اسلامه انتهى ولفظه في المبسوط في هذه المسيلة فاذا حكم بصحة رده بانت منه
امراته ولكنه لا يقتل استحسانا لان القتل عقوبة وهو ليس من اهل ان يلتزم العقوبة في
الدنيا بما شرة سببه كسايرالعقوبات ولكن لو قتل انسان لم يغرم شيئا لان ضرورة
صحة ردته اهدار دمه دون استحقاق قتله كالمراة اذا ارتدت لا تقتل ولو قتلها قاتل
لم يلزمه شيء ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده لان ارتداده ابدال على تغيير العقيدة
وكذا لا يصح اسلامه **قوله** وكذا المجنون لا يصح ارتداده بالاجماع ولا اسلامه والسكران
الذي لا يعقل كالمجنون وهو قول مالك واحد في رواية والشافعي في قول وقال في قول
اخر يصح ارتداده كطلاقه قلنا الردة تبنى على تبدل الاعتقاد ونعلم ان السكران غير معتقد

لما قال ووقع طلاقه لانه لا يعتقد الى القصد ولزال لزم طلاق الناسي ويقدم في كتاب الطلاق
فيه زيادة احكام فارجع اليه في فصل ويتبع طلاق كل زوج الى اخره **فروع** كل من ابغض
رسول الله صلى الله عليه وسلم بقلبه كان مرتدا فان سباب بطريق اولى ثم يقتل حدا عندنا فلا تقبل توبته
في اسقاط القتل فانوا هذا مذهب اهل الكوفة ومالك ونقل عن ابي بكر الصديق رضي الله عنه وكاد فرق
بين ان يجيء ثانيا من نفسه او شهد عليه بذلك خلاف عنه من المكررات فان الانكار فيها توبة
فلا تقتل الثنائية معه حتى قالوا يقتل وان سب سكران ولا يعفى عنه ولا يد عن تقييده باذا ان
كان سكره بسبب محظور بان شربه مختارا بلا اكراه والا فهو كالمجنون وقال الخطابي لا اعلم احدا
خالف في وجوب قتله واما مثله في حقه تعالى فتقبل توبته في اسقاط قتله ومن هزل بلفظ
كفر ارتد وان لم يعتقده للاستخفاف فهو ككفر العناد والالفاظ التي يكفر بها تعرف في الفتاوى
واذا تهود نصراني او عكسه لا نامر بالرجعة الى ما كان عليه لانه لا يومر بالكفر والردة محبطة
لثواب جميع الاعمال واذا عاد الى الاسلام ان عاد في وقت صلاة صلاها فعليه اداؤها فانيا وكذا
يجب عليه الحج ثانيا ان كان حج واذا اعتق المرتد عبدا ثم اعتقه ابنه ثم مات المرتد او قتل لا ينفذ
لان عتق المرتد موقوف فيموته يبطل واعتاق ابنه قبل ملكه لانه لا يملك الا بعد الموت حقيقة
او حكما ولا يتوقف على خلاف ماله المتق الوارث عبدا من التركة المستغرقة بالدين ثم سقط الدين
فانه ينفذ والفرق في المبسوط وعن عدم ملك الوارث وسببه قلنا اذا مات الابن وله معتق
ثم مات الاب وهو مرتد وله معتقة لا المعتقة الابن لانه مات قبل تمام سبب
الملك وتقبل الشهادة بالردة من عدلين ولا يعلم بخلاف الا الحسن رحمه الله قال لا يقبل في القتل الا اربعة
قياسا على الزنا واذا شهد واحد على مسلم بالردة وهو ينكر لا يتعرض له لانه تكذيب الشهود والعدول
بل لان انكاره توبة ورجوعه وقتل المرتد مطلقا الى الامام عند عامة اهل العلم الا عند الشافعي في وجه
في العبد الى سيده ومن اصاب حدا ثم ارتد ثم اسلم ان لم يلحق بدار الحرب اقيم عليه الحد وان لحق ثم عاد
مسلما عليه وعند الشافعي واحمد يقام مطلقا والمبني ظاهر وقدمنا انه لا تقبل توبة الساحر والزنديق
في ظاهر المذهب وهو من لا دين له واما من يبطن الكفر ويظهر الاسلام فهو المنافق ويجب ان
يكون حكمه في عدم قبول توبته كالزنديق لعدم الاطمئنان اليما يظهر
من التوبة اذا كان يخفي كفره الذي هو عدم اعتقاده دينا والمنافق مثله في الاخفاء وعلى هذا فطريق
العلم بحاله اما بان يعثر بعض الناس عليه او يسره الى من امن اليه والحق ان الذي يقتل ولا تقبل توبته
هو المنافق فالزنديق ان كان حكمه ذلك فيجب ان يكون مبطنا كفره كالذي هو عدم التدين
وظهر تدينه بالاسلام او عنين الى ان ظهر تابه وهو عزيز والا فلو فرضناه مظهرا لذلك
حتى تاب يجب ان لا يقتل وتقبل توبته كسائر الكفار المظهرين للكفر ثم اذا اظهروا التوبة
ولم نعلم انه منكر في الباطن بعض الضروريات كحرمة الخمر ونظهر اعتراف حرمته وقال اصحابنا
للساحر فتنة وتاثير في ايلام الاجسام خلافا لمن منع ذلك وقال انا هو حيل وتعليم الساحر
وتعلمه حرام بلا خلاف بين اهل العلم واعتقاد اباحته كفر وعن اصحابنا ومالك واحمد يكفر الساحر
بتعلمه وفعله سواء اعتقد تحريمه او لا ويقتل وقد روي عن عمر وعثمان وبن عمر وذلك
عن جندب بن عبد الله وحبيب ابن كعب وقيس بن سعد وعمر بن عبد العزيز فانهم قتلوه بدون
الاستتابة وفيه حديث مرفوع رواه الشيخ ابو بكر الرازي في احكام القرآن حدثنا ابن قانع
حدثنا بشر بن موسى حدثنا بن الاصبهاني حدثنا ابو معاوية عن اسماعيل بن مسلم عن الحسن
عن جندب ان النبي صلى الله عليه وسلم قال حد الساحر ضربة بالسيف انتهى يعني القتل قال وقضى
جندب في قتله انسانا حربا بالكوفة عن الوليد بن عقبة مشهورة وعند الشافعي لا يقتل ولا يكفر

الا اذا اعتقد اباحته واما الكاهن فقيل هو الساحر وقيل هو العراف الذي يحدس ويتخرص وقيل هو
الذي له من الجن من يطيعه باخبار قال اصحابنا ان اعتقد ان الشياطين يفعلون له ما يشاء كفر وان
اعتقد انه تخييل لم يكفر وعند الشافعي ان اعتقد ما يوجب الكفر مثل التقرب الى الكواكب وانها
تفعل ما يلتمسه كفر وعند احمد حكمه حكم الساحر في رواية يقتل لقول عمر اقتلوا كل ساحر وكاهن
وفي رواية لن تاب لم يقتل ويجب ان لا يعدل عن مذهب الشافعي في كفر الساحر والعراف وعدمه
واما قتله فيجب ويستتاب اذا عرفت مزاولته لعمل السحر لسعيه بالفساد في الارض لا لمجرد
عمله اذا لم يكن في اعتقاده ما يوجب كفره واذا طلب المرتدون المهادنة لاجيبهم لما ذكرنا والله اعلم

باب البغاة

قدم احكام القتال الكفار ثم عقبه بقتال المسلمين والوجه
ظاهر والبغاة جمع باغ وهذا الوزن مطرد في كل اسم فاعل معتل اللام كغزاة ورماة وقضاة والبغي
في اللغة الطلب بغيت كذا اي طلبته قال تعالى حكاية ذلك ما كنا نبغي ثم اشتهر في العرف في
طلب ما لا يحل من الجور والظلم والباغي في عرف الفقهاء الخارج على امام الحق والخارجون عن طاعته
اربعة اصناف احدها الخارجون بلا تاويل بمنعه ولا منعة يأخذون اموال المسلمين ويقتلونهم
ويخيفون الطريق وهم قطاع الطريق والثاني قوم كذلك لكن لهم منعة لكن لم تاويل فحكمهم
حكم قطاع الطريق ان قتلوا قتلوا وصلبوا وان اخذوا اموال المسلمين قطعت ايديهم وارجلهم على
ما عرف والثالث قوم لهم منعه وهيبة خرجوا عليه بتاويل يرون انه على باطل كفر او معصية
يوجب قتاله بتاويل ضعيف لا يسوغ بالخوارج يستحلون دماء المسلمين واموالهم ويسبون نساءهم
ويكفرون اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وحكمهم عند جمهور الفقهاء وجمهور اهل الحديث حكم
البغاة وعند مالك يستتابون فان تابوا والا قتلوا دفعا لفسادهم لا لكفرهم وذهب بعض اهل
الحديث الى انهم مرتدون لنص حكم المرتدين لقوله صلى الله عليه وسلم يخرج قوم من آخر الزمان احداث
الاسنان سفهاء الاحلام يقولون من خير قول البرية يقرؤن القرآن لا يجاوز حناجرهم يمرقون
من الدين كما يمرق السهم من الرمية فاينما لقيتموهم فاقتلوهم فان في قتلهم اجرا لمن قتلهم يوم القيامة
رواه البخاري عن علي رضي الله عنه انه راى رؤسا منصوبة على درج مسجد دمشق فقال كلاب اهل النار
كلاب اهل النار تحت اديم السماء خير قتلاها هو لاء المسلمين فصاروا كفارا قيل يا ابا امامة هذا شيء تقوله
قال سمعت النبي صلى الله عليه وسلم قال ابن المنذر ولا اعلم احدا وافق اهل الحديث على تكفيرهم
وهذا يقتضي نقل اجماع الفقهاء وذكر في المحيط ان بعض الفقهاء لا يكفر احدا من اهل البدع وبعضهم يكفرون
بعض اهل البدع وهو من خالف ببدعته دليلا قطعيا ونسبه الى كتاب اهل السنة والنقل الاول
اثبت ولم يقع في كلام اهل المذاهب تكفير كثير ولكن ليس من كلام الفقهاء الذين هم المجتهدون بل من
غيرهم ولا عبرة بغير الفقهاء والمنقول عن المجتهدين ما ذكرنا وابن المنذر اعرف بنقل مذاهب المجتهدين
وما ذكره محمد ابن الحسن في اول الباب من حديث كثير الحضرمي يدل على عدم تكفير الخوارج وهو قول
الخضر حي دخل مسجد الكوفة من قبل ابواب كندة فاذا نفر خمسة يتمتون عليا رضي الله عنه وفيهم
رجل عليه برنس يقول اما والله لا قتلنه فتعلقت به وتفرقت اصحابه فاتيت به عليا رضي الله عنه
فقلت اني سمعت هذا يا هذا الله ليقتلنك فقال اذن ونحك من انت فقال انا سوار المنقري
فقال علي رضي الله عنه خل عنه فقلت اخلي عنه وقد عاهد الله ليقتلنك فقال افاقتله ولم يقتلني
فقلت فانه قد شتمك قال فاشتمه ان شئت او دعه ففي هذا دليل ان ما لم يكن للخارجين منعة
لا يقتلوا وانهم ليسوا كفارا لانه لم يقتله قبل الا اذا استحلته فان من استحل قتل مسلم فهو كافر
ولا بد من تقييده بان لا يكون القتل بغير حق او عن تاويل واجتهاد يوديه الى الحكم بحله كما ان المستحل
بلا تاويل والا لزم تكفيرهم لان الخوارج يستحلون القتل بتاويل باطل ومما يدل على عدم تكفيرهم

ما ذكرنا محمد ايضا حيث قال وبلغنا عن علي رضي الله عنه انه بينما هو يخطب يوم الجمعة اذ حكمت الخوارج
من ناحية المسجد فقال علي رضي الله عنه كلمة حق اريد بها باطل لن تمنعكم مساجد الله ان تذكروا فيها اسم
الله ولن تمنعكم العين ما دامت ايديكم مع ايدينا ولن نقاتلكم حتى تقاتلونا ثم اخذ في خطبته ومعنى
قوله حكمت الخوارج نداء بقوله لا حكم لله وكانوا يتكلمون بذلك اذا اخذ علي في خطبته ليشوشوا خاطره
فانهم كانوا يقصدون بذلك نسبته الى الكفر لرضاه بالتحكيم في صفين ولهذا قال علي رضي الله عنه و
كلمة حق اريد بها باطل يعني تكفيني وفيه دليل ان الخوارج اذا قاتلوا الكفار مع اهل العدل يستحقون
من الغنيمة ما يستحقه غيرهم من المسلمين وانه لا يعزر بالتعريض بالشتم لان نسبته الى الكفر
شتم عرضوا به ولم يصرحوا والرابع قوم مسلمون خرجوا على امام العدل ولم يستبيحوا ما استباحه
الخوارج من دماء المسلمين وسبي ذراريهم ومن البغاة قوله واذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا
عن طاعة امام الناس في امان والطرقات امنة دعاهم الى العود الى الجماعة وكشف عن شبهتهم
التي اوجبت خروجهم لان عليا رضي الله عنه فعل ذلك باهل حروراء قبل قتالهم وليس ذلك واجبا بل
مستحبا لانهم كمن بلغتهم الدعوة لا يجب دعوتهم ثانيا وليستحب وحروراء اسم قرية من قرى الكوفة
وفيه المد والقصر ومنه قول عائشة رضي الله عنها لمعاذة حرورية انت اسند النسائي في سننه
الكبير في خصائص علي الى ابن عباس رضي الله عنهم قال لما خرجت الحرورية اعتزلوا في دار وكانوا ستة
الاف فقلت لعلي يا امير المومنين ابرد بالصلاة لعلي اكلم هؤلاء القوم قال اني اخاف نهم عليك قلت كلا ان
فلبست ثيابي ومضيت حتى دخلت عليهم في دارهم مجتمعون فيها فقالوا مرحبا بك يا ابن عباس
ما جاء بك قلت اتيتكم من عند اصحاب النبي المهاجرين والانصار من عند ابن عم النبي صلى الله عليه وسلم
وصهره وعليهم نزل القرآن وهم اعلم بتاويله منكم وليس فيكم منهم احد لابلغكم ما يقولون وابلغهم
ما تقولون فانتحى بي نفر منهم قلت هاتوا ما نقمتم على اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وبن عمه
وختنه واول من امن به قالوا ثلاث قلت ما هي قالوا احداهن انه حكم الرجال في دين الله وقد
قال تعالى ان الحكم الا لله قلت هذه واحدة قالوا واما الثانية فانه قاتل ولم يسب ولم يغنم فان كانوا
كفارا لقد حلت لنا نساءهم واموالهم وان كانوا مومنين لقد حرمت علينا دماءهم قلت هذه اخرى
قالوا واما الثالثة فانه محا نفسه من امير المومنين فان لم يكن امير المومنين فانه امير
الكافرين قلت هل عندكم شئ غير هذا قالوا حسبنا هذا قلت لهم ارايتم ان قرات عليكم من كتاب
الله وحدثتكم من سنة نبيه ما يرد قولكم هذا ارجعون قالوا اللهم نعم قلت اما قولكم حكم الله
الرجال في دين الله فانا اقرا عليكم ان قد صير الله حكمه الى الرجال في ارنب ثمنها ربع درهم قال
تعالى يا ايها الذين امنوا لا تقتلوا الصيد وانتم حرم الى قوله يحكم به ذوا عدل منكم وقال في المراة وزوجها وان خفتم
شقاق بينهما فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها انشدكم الله احكم الرجال في حقن دمائهم وانفسهم
واصلاح ذات بينهم احق ام في ارنب ثمنها ربع درهم قالوا اللهم بل في حقن دمائهم واصلاح ذات
بينهم قلت اخرجت من هذه قالوا اللهم نعم قلت واما قولكم انه قاتل ولم يسب ولم يغنم التسبون
امكم عايشة فتستحلون منها ما تستحلون من غيرها وهي امكم لئن فعلتم لقد كفرتم ثم ان قلتم ليست
امنا فقد كفرتم بقول الله تعالى النبي اولى بالمومنين من انفسهم وازواجه امهاتهم فانتم بين
ضلالتين فانوا منها فخرج اخرجت من هذه الاخرى قالوا اللهم نعم قلت واما قولكم انه محى نفسه
من امير المومنين فان رسول الله صلى الله عليه وسلم دعا قريشا يوم الحديبية على ان يكتب بينه
وبينهم كتابا فقال اكتب هذا ما قاضى عليه محمد رسول الله فقالوا والله لو كنا نعلم انك رسول الله
ما صددناك عن البيت ولا قاتلناك ولكن اكتب محمد ابن عبد الله فقال والله اني لرسول الله وان
كذبتموني يا علي اكتب محمد ابن عبد الله فرسول الله صلى الله عليه وسلم خير من علي وقد محى نفسه ولم يكن

محو

من ذلك محوا من النبوة اخرجت من هذه الاخرى قالوا اللهم نعم فرجع منهم الفان وبقي سايرهم فقتلوا
على ضلالتهم فتلهم المارقون والانصار وروى الحاكم ان عبد الله بن شداد استحكته عايشة عن
الذين قتلهم علي فقال لما كانت حرب معاوية وحكم الحكمين خرج عليه ثمانية الاف من قراء الناس
فنزلوا بارض يقال لها حروراء من جانب الكوفة الى ان قال فبعث الي ابن عباس
فخرجت معه حتى اذا توسطنا عسكرهم قام بن الكوا خطيبا فقال يا حملة القران هذا عبد الله بن
عباس فمن لم يكن يعرفه فانا اعرفه من كتاب ما يعرفه به هذا ممن نزل فيه وفي قومه بل
هم قوم خصمون فردوه الى صاحبه ولا تواضعوه كتاب الله فقام خطباءهم وقالوا والله لنواضعنه
فواضعوه عبد الله بن عباس الكتاب ووضعوه ثلاث ايام فرجع منهم اربعة الاف فيهم ابن الكوا
حتى ادخلهم الكوفة قوله على علي الخ اخرجه الحديث وقال على شرط البخاري وصلم قوله ولا يبدا بقتال
حتى يبدا وهكذا ذكره القدوري وهو غير ما قدمناه من قول علي رضي الله عنه ولن نقاتلكم حتى
تقاتلونا وذكر الامام الاجل المعروف بخواهرزاده ان عندنا يجوز ان يبدا بقتالهم اذا تعسكروا
واجتمعوا وقال الشافعي لا يجوز حتى يبدا حقيقة وهو قول مالك واحمد واكثر اهل العلم لان
قتل المسلم لا يجوز الا دفعا ومن اهل البغاة مسلمون لقوله تعالى وان طايفتان من المومنين اقتتلوا
ثم قال فان بغت احداهما على الاخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفي الى امر الله ونحن اردنا الحكم
وهو حمل القتال على دليل قتالهم وذلك هو الاجتماع على قصد القتال والامتناع لانه لو انتظر
حقيقة قتالهم ربما لا يمكنه الدفع لتفوق شوكتهم وتكثر جمعهم خصوصا والفتنة ببسبع اليها
اهل الفساد ومن الاكثر والكفر ما اباح القتال الا للحرابة والبغاة كذلك ويجب على من اطاق الدفع
ان يقاتل مع الامام الا ان ابدوا ما يجوز لهم القتال كان ظلمهم او ظلم غيرهم ظلما لا شبهة فيه بل
يجب ان يعينوه حتى ينصفهم ويرجع عن جوره بخلاف ما اذا كان الحال مشتبها انه ظلم مثل تحميل
بعض الجبايات التي للامام اخذها والحاق الضرر بما لدفع ضرر اعم منه ويجوز قتالهم بكل
ما يقاتل به اهل الحرب من المنجنيق وارسال النار وان رد خواهرزاده معناه ابن الاخت وكان
ابن اخت القاضي الامام ابي ثابت قاضي سمرقند واسم خواهرزاده محمد وكنيته ابو بكر واسم
ابيه حسين البخاري وهو معاصر لصمس الايمة السرخسي وموافق له في اسمه لان اسم الاب
اسمه محمد وكنيته ابو بكر ابن ابي سهل توفي في كل منهما في العام الذي توفي فيه الاخر وهو عام ثمان
وثمانين واربع مايه ومخزلة الاسلام ايضا معاصرهما وتوفي في سنة احدى وثمانين واربع مايه واذا
بلغه انهم يشترون السلاح ويتاهبون للقتال ينبغي ان ياخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك
ويحدثوا توبة دفعا للشر بقدر الامكان والمروي عن ابي حنيفة رحمه الله من قوله الفتنة
اذا وقعت بين المسلمين فالواجب على كل مسلم ان يعتزل الفتنة ويقعد في بيته لقوله صلى الله
عليه وسلم من قرس الفتنة احرقته ام رمته من النار وقال لواحد من الصحابة كن جلسا من
اجلاس بيتك رواه عنه الحسن بن زياد فمحمول على ما اذا لم يكن لهم امام وما روي عن جماعة من
الصحابة انهم قعدوا في الفتنة فمحمول على انه لم يكن لهم قدرة ولا غنا وربما كان بعضهم في تردد
من حل القتال كما روي عن بعضهم انه اتى عليا يطلب عطاه من بيت المال فمنعه علي رضي الله عنه
وقال له اين كنت يوم الصفين فقال ابغي سيفا اعرف به الحق من الباطل فقال له ما قال الله
هذا وانا قال فقالوا التي تبغي حتى تفي الى امر الله وما روي اذا التقى المسلمان بسيفيهما
فالقاتل والمقتول في النار فمحمول اقتتالهما حمية وعصبية كما يتفق بين اهل قريتين ومحلتين
او لاجل الدنيا والمملكة قال الذهبي صح عن ابن ابي وايل عن ابي عيسوة عمرو بن شرحبيل قال رايت
كان قتيلا بالي رياض فقلت لمن هذه قالوا الذي الكلاع واصحابه ورايت قتيلا بالي رياض فقلت لمن هذه

قتيل لهارون ياسر واصحابه فقتلت وثبين وقد قتل بعضهم بعضا قالوا انهم وجدوا لله واسع المغفرة
انتهى هذا وان قتالهم عن اجتهاد **قوله** فان كان لهم فيئة اجبر على جرحهم اي ليسرع في امانته
واتباع موليهم على البناء للمفعول فيها للقتل والاسر دفعا لشرهم كيلا يلتحقا اي الجريح والمولي بهم اي بالفيئة
على معنى القوم وان لم يكن لهم فيه لم يجهز على جرحهم ولم يتبع موليهم لاندفاع الشر بدون ذلك وهو
المطلوب وقال الشافعي واحمد ايضا لا يجوز ذلك اي الاجهاز والاتباع في الحالين وعدها الانا لقتال
اذا تركوه للتولية والجراحة المعجزة عنه لم يبق قتلهم دفعا ولا يجوز الا دفعا لشرهم ولما روى ابن ابي
شيبة عن عبد خير عن علي انه قال يوم الجمل لا تتبعوا مدبرا ولا تجهزوا على جريح ومن القى سلاحه فهو
امن واسنده ايضا الى قتل اسير وجوابه ما ذكرنا ان المعتبر في جواز القتل دليل قتالهم لا حقيقته
لان قتل من ذكرنا اذا كان له فيئة لا لخروج عن كونه دفعا لانه يتميز الى الفيئة ويعود شرهم كما كان
واصحاب الجمل لم يكن لهم فيئة احرز سوادهم **قوله** ولا يسبى لهم ذرية واذا ظهر عليهم لم يقسم
لهم مال بين المقاتلة لقول علي رضي الله عنه فيما روى ابن ابي شيبة ان عليا لما هزم طلحة واصحابه اسر
منادية فنادى ان لا يقتل مقبل ولا مدبر يعني بعد الهزيمة ولا يفتح باب ولا يستحل فرج ولا مال
وروى عبد الرزاق نحوه وزاد وكان على لا ياخذ مال المقتول ويقول من اعترف شيئا فليا خذه وفي
تاريخ واسط باسناده عن علي انه قال يوم الجمل لا تتبعوا مدبرا ولا تجهزوا على جريح ولا تقتلوا
اسيرا واياكم والنساء وان شتمن اعراضكم وسببن امراءكم وقد رايتنا في الجاهلية وان الرجل ليتناول
المراة بالجريدة او بالهراوة فيعير بها هو وعقبه من بعده هذا وفي حديث مرفوع رواه الحاكم في
المستدرك والبزار في مسنده من حديث كوثر ابن حكيم عن نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال اهل تدري يا ابن ام عبد كيف حكم الله فيمن بغى من هذه الامة قال الله ورسوله اعلم قال لا يجهز على
جريحها ولا يقتل اسيرها ولا يطلب هاربها ولا يقسم فيها واعله البزار بكوثر ابن حكيم وبه نعقب الذهبي
على الحاكم قال محمد وبلغنا ان عليا رضي الله عنه انما اصاب من عسكر اهل النهروان في الرحبة
لمن عرف شيئا اخذ حتى كان اخره قدر حديدة لنسان فاخذه وقتل ذا الثدية رضي الله عنه في الاسرى تاويلا
اذا لم يكن لهم فيئة فان كانت فالامام بالخيار ان شاء قتل الاسير وان كان مبديا يقاتل وان شاء حبسهم
والعبد الذي لا يقاتل بل يخدم مولاه حبس لما ذكرنا من وقعة النهروان بعد ما لم يكن وفيه دلالة على الائمة
الثلاثة ومعنى هذا الخيار ان حكم نظر فيما هو احسن الامرين في كسر الشوكة من قتله وحبسه
ويحتمل ذلك بحسب الحال لا بهوى النفس والتشفي واذا اخذت المراة من اهل البغي وكانت تقاتل
حبست ولا تقتل لانها حال مقاتلتها دفعا وانما تحبس للعصية ولمنعها من الشر والفتنة **قوله**
ولا باس ان يقاتلوا بسلاحهم ان احتاج اهل العدل اليه وكذا الكراع يقاتلون عليه وقال الشافعي
لا يجوز استعمالها في القتال وتنزع عليهم عند الامن منهم ولا تنزع قبله لانه مال مسلم فلا يجوز ذلك لا برضاه
ولنا ان عليا الى اخره يرويه مارد ابن ابي شيبة في اخر مصنفه في باب وقعة الجمل بسنده الى
ابن الحنفية ان عليا رضي الله عنه قسم يوم الجمل في العسكر ما اجافوا عليه من كراع وسلاح قال
المصنف وكانت قسمته للحاجة الى التمليك ولان فيه اجماعا لامكن التمسك ببعض الظواهر
في تلك فان ابن ابي شيبة اسند من ابي البختري لما انهزم اهل الجمل قال علي رضي الله عنه لا تطلبوا
من كان خارجا من العسكر وما كان من دابة او سلاح فهو لكم وايس لكم ام ولد ولا ذي امراة قتل زوجها
فلتعتد اربعة اشهر وعشرا قالوا يا امير المومنين تحل لنا دماءهم ولا تحل لنا نساءهم فخاصمهم
فقال هاتوا نساءكم واقرعوا على عايشة فمن راس الاسر وفايدهم قال فخصمهم على رضي الله عنه وعرفوا
وقالوا نستغفر الله قال المصنف ولان للامام ان يفعل ذلك في مال العادل ابتداء يستعين بلامه وسلاحه عند
حاجة المسلمين اليه في مال الباغي اولى والمعنى المجوز فيه انه وضع الصدر الاول وهو الصدر المتوقع لعامة

المسلمين بالصدر الاول وهو اضرار بعضهم وحبس الامام اموالهم لدفع شرهم واضعافهم بذلك ولا يردها
اليهم ولا يقسمها حتى يستوبروا غيرها عليهم او على ورثتهم اذا ظهر ذلك واذا حبسها كان بيع الكراع اولى
لانه يحبس الثمن انظر ولا ينفق عليه من بيت المال ليتوفر مونتها عليه وهذا اذا لم يكن للامام بها حاجة
قوله وما صاره اهل البغي من بلاد التي غلبوا عليها من الخراج والعشر لا ياخذه الامام ثانيا اذا ظهر
على البغاة لان ولاية الاخذ انما كانت له لحمايته اياهم ولم يحموهم وما قيل ان عليا رضي الله عنه لما ظهر على
اهل البصرة لم يطالبهم بشيء ما جبوه فيه نظر لان الخوارج لما علم انهم غلبوا على بلدة فاخذوا جبايتها
قالوا وكان ابن عمر اذا اتاه ساعي الحرورية ادى زكاته وكذا اسامة ابن الاكوع ثم ان كانوا صرفوه الى
حقه الى مصارفه اجزاه من اخذه منه ولا اعادة عليه لوصول الحق الى مستحقه وان لم يكونوا صرفوه
الى حقه فعلى من اخذهم ان يعيد والا فيما بينهم وبين الله تعالى قال الصدر رحمه الله قالوا اي المشايخ
لا اعادة على الارباب في الخراج لانهم اي البغاة مقاتلة وهم مصرف الخراج وان كانوا اغنياء وفي العشر
ان كانوا فقراء فكذلك وان كانوا اغنياء افتوا بالاعادة وكذا في زكاة الاموال كلها لوجود ما وتقدم ذلك
والمدفوع مصادرة اذا نوى الدافع التصدق عليهم في كتاب الزكاة فارجع اليه قوله ومن قتل رجلا الى
اخره يعني اذا كان رجلان من اهل البغي قتل احدهما الاخر لا يجب على القاتل دية ولا قصاص اذا ظهرنا
عليهم لانه قتل بقتال يباح قتله الا ترى ان العادل اذا قتله لا يجب عليه شيء فلما كان مباح القتل
لم يجب به شيء ولان القصاص لا يستوفى الا بولاية وهو بالمنعة ولا ولاية لنا عليهم فلم يجب شيء
وصار كالقتل في دار الحرب وعند الائمة الثلاثة يقتل به لان عندهم كل سرج يجب فيه العبادات في اداءها
فهو كذا دار العدل وتقدم الكلام فيه **قوله** وان غلبوا على مصر من الامصار اهل العدل فقتل رجل من اهل
المصر رجلا منهم عمدا ثم ظهرنا على ذلك المصر فانه يقتص منه ومعنى المسئلة كما قال لخزانة الاسلام انهم غلبوا
ولم يجر فيها حكمهم بعد حتى ازعجهم امام العدل عن اهل المصر انا خرجهم قبل تقرر حكمهم لانه حينئذ لم تنقطع
ولاية الامام فواجب القود اما لو جرت احكامهم حتى صارت في حكم محل لا يتم فلا قود ولا قصاص ولكن
يستحق عذاب الاخرة **قوله** واذا قتل رجل من اهل العدل باغيا فانه يرثه لاتفاق لانه مامور
بقتله فلا يحرم الميراث به وان قتل الباغي العادل وقال كنت على الحق وانا الان على الحق ورثه
وان قال قتلته وانا اعلم اني على الباطل لم يرثه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يرث الباغي
العادل في الوجهين وهو قول الشافعي واصله ان اصل هذا الخلاف الخلاف في ان العادل اذا اتلف
نفس الباغي او ماله لا يضمن عندنا ولا ياثم لانه مامور بقتاله دفعا لشرهم وهذا بالاتفاق والباغي
واذا قتل العادل بعد قيام منعهم وشوكتهم لا يجب الضمان عليه عندنا وبه قال احمد والشافعي في
قوله الجديد ولو قتله قبل ذلك اقتص منه اتفاقا وكذا يضمون المال وقال الشافعي في قوله القديم
يضمن وبه قال مالك لانه نفوس واموال معصومة فتقضي بالاتلاف ظلما وعدوانا وعلى هذا الخلاف
لو مات المرتد وقد اتلف نفسا او مالا ولنا انه اتلاف ممن لم يعتقد وجوب الضمان في حال
عدم ولاية الالزام عليه فلا يواخذ به قياسا على اهل الحرب والحاصل ان نفي الضمان منوط بالمنعة
مع التاويل فلو تجرد المنعة عن التاويل كقوم غلبوا على اهل بلدة فقتلوا واستهلكوا الاموال
بلا تاويل ثم ظهر عليهم اخذوا بجميع ذلك ولو انفرد التاويل عن المنعة بان انفرد واحد
او اثنان فقتلوا واخذوا عن تاويل ضمنوا اذا قالوا وقد روي عليهم اجماع الصحابة رواه الزهري
قال عبد الرزاق في مصنفه انبانا معمر اخبرني الزهري ان سليمان ابن هشام كتب اليه يساله عن امراة
خرجت من عند زوجها وشهدت على قومها بالشرك ولحقت بالحرورية فتزوجت ثم انها رجعت
الى اهلها تايبة قال فكتب اليه اما بعد فان الفتنة الاولى ثارت واصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم
ممن شهد بدرا كثيرا فاجتمع رايهم على ان لا يغيروا على احد تحدث في فرج استحلوه بتاويل القران ولا قصاص

والقصاص بالدم استحلوه بتأويل القرآن ولا بد من استحلوه بتأويل القرآن الا ان يوجد شيء بعينه فيرد على صاحبه واني اري ان ترد عليهم زوجاتهم وان يحد من افترى عليها قال المصنف وانه ائتلف عن تأويل فاسد والفاسد من التأويل يلحق بالصحيح اذا ضمت اليه المنعة في حق الدفع اي في الضمان وصار كبغي اهل الحرب وتأويلهم ولا يخفى ان هذا الاعتبار وهو لحاق الفاسد من الاجتهاد الذي ليس بوسع حتى ضلل مرتكبه بالصحيح بشرط انضمام المنعة اليه وتعليله بانه عند انضمام المنعة ينقطع ولاية الالزام فيلزم السقوط كله مستندا الى الاجماع المنقول من الصحابة والا فلا يلزم من العجز عن الالزام سقوطه شرعا بل انما يلزم سقوط الخطاب به ما دام العجز عن الزامه ثابتا فاذا ثبتت القدرة تعلق خطاب الالزام كما يقوله ان في كل ما كان الاجماع المنقول في صورة معينة باذكرنا كان ذلك اصلا شرعيا مطردة الاجماع المذكور اذا عرفت هذا فنقول ابو يوسف الحاق الفاسد بالصحيح بقول الصحابة كان في دفع الضمان والحاجة هنا الى اثبات الاستحقاق فالحاقه به لا دليل وهما يقولان المتحقق من الصحابة حمل تلك المنعة والاعتقاد دافعا ما لو لاه لثبت لثبوت اسباب الثبوت الا ترى انه لو لا تلك المنعة والاعتقاد لثبت الضمان لثبوت سببه من القتل عمدا واتلاف المال المعصوم فينبغي ان لا يختلف فيه فان العزابة التي هي سبب استحقاق الميراث قاعدة والقتل لغير حق مانع وجد عن اعتقاد الحقيه مع المنعة لمنع مقتضاه من المنع فعل السبب عمله من اثبات الميراث **قوله** ويكره بيع السلاح من اهل الفتنة في عسكرهم لانه اعانة على المعصية وليس ببيعه بالكوفة ومن يعرف من اهل الفتنة بأس لان الغلبة في الامصار لاهل الصلاح وانما يكره بيع نفس السلاح لانه يقاتل بعينه لا ما لا يقاتل به الا بصنعة تحدث فيه ونظيره كراهة بيع المعازف لان المعصية تقام بأعيانها ويكره بيع الخشب المتخذ وهي منه وعلى هذا بيع الخمر لا يصح ويصح بيع العنب والعرق في ذلك كله ما ذكرنا وقيل الفرق الصحيح ان الصور هنا يرجع الى العامة وهنا ان يرجع الى الخاصة ذكره في الغوايد الظهيرية **فروع** اذا طلب اهل البغي الموادعة اجيبوا اليها اذا كان خير المسلمين لان المسلمين قد يحتاجون الى الموادعة لحفظ قوتهم والاستزادة من التقوي عليهم والوقوف منهم على ما شي لانهم مسلمون وسلمه في المرتدين الا انهم اذا اظهروا ملكوا ثم يجبرون على الاسلام واذا تاب اهل البغي تقدم انهم لا يضمنون ما اتلفوا وفي المبسوط روي عن محمد قال افتيهم بان يضمنوا ما اتلفوا من النفوس والاموال والا الزمهم بذلك في الحكم قال يتمثل لا يمة وهذا صحيح فانهم كانوا معتقدين الاسلام وقد ظهر لهم خطاهم الا ان ولاية الالزام لما بانت منقطعة للمنعة فيفتيهم به ولو استعان اهل البغي باهل الذمة فقاتلوا معهم لم يكن ذلك منهم نقضا للعهد كان هذا الفعل من اهل البغي ليس بنقضا للايمان كالذي انضموا اليهم من اهل الذمة لم يخرجوا من ان يكونوا مسلمين حكم الاسلام في المعاملات وان يكونوا من اهل الدار بحكمهم حكم البغاة واذا وقعت الموادعة فاعطى كل فريق رهنا على ان ايا هما غدر يقتل الاخرون الرهن فعدا اهل البغي وقتلوا الرهن لا يحل لاهل العدل قتل الرهن بل يحبسونهم حتى يهلك اهل البغي او يتوبوا لانهم ما رضوا امنين بالموادعة او باعطائنا الامان لهم حتى اخذنا منهم رهنا والغدر من غيرهم لا يوا خذون به لكن يحبسون محافظة ان يرجعوا الى فتنتهم وكذا اذا كان هذا الصلح بين المسلمين والكفار حبس رهنهم حتى يسلموا فان ابوا جعلوا ذمة ووضعت عليهم الجزية لانهم حصلوا في ايدينا امنين **وحكي** ان المنصور كان ابتلي بجيش اهل الموصل ثم انهم غدروا فقتلوا رهنه فجمع العلما يستشيرهم في رهنهم فقالوا يقتلون كما شرطوا على انفسهم وفيهم ابو حنيفة سئل فقال له ما تقول فقال القتل لكذا لك فقال له شرطت لهم ما لا يحل وشرطوا لك ما لا يحل وكل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل واكثر رواياته وزر وزر وقال ينبغي ان الجواب ما قلت فاذا تضع ثم قال سل العلما فسالهم فقالوا لا يحل لنا قال ابو حنيفة توضع عليهم الجزية قال لهم وهم لا يرضون بذلك قال لهم رضوا بالمقام في دارنا على التابيد والذمة واذا رضوا بذلك توضع عليهم الجزية فاستحسن قوله واعتذر اليه واذا آسر رجل من اهل العدل رجلا من اهل البغي

جاز امانه لانه ليس اعلا شانا من الكافر وهناك يجوز فكذا هنا ولانه قد يحتاج الى مناظرته ليتوب ولا يتأتى ذلك ما لم يامن كل من الاخر ومنعه ان يقول لا يامن ملكه ولا يجوز امان الذمي اذا كان يقاتل مع اهل البغي ولو ظهر اهل البغي على بلد فولوا فيه قاضيا من اهله ليس من اهل البغي صح وعليه ان يقيم الحدود ويحكم بين الناس بالعدل فان كتب هذا القاضي كتابا الى قاضي اهل العدل يحق لرجل من اهل مصر بشهادة من شهد عند ان كان القاضي يعرفهم وليسوا من اهل البغي اجانب وان كانوا من اهل البغي او لا يعرفهم لا يعمل به لان الغالب فيمن يسكن عندهم انه منهم ولا يقبل قاضي اهل العدل كتاب قاضي اهل البغي لانهم فسقة وبكل اعتبروهم فيطالب في الافاق لانه مسئلة وجوز بعض المتاخرين اذا كان فيه طمانينة اهل العدل او كثر شهودهم وبكيده للعادل قتل اخيه او ابيه من اهل البغي بخلاف اخيه الكافر فانه لا يكره لانه اجتمع في الباغي حرمتان الاسلام وحرمة القرابة وفي الكافر حرمة القرابة فقط واذا كان رجل من اهل العدل في صف اهل البغي فقتله رجل من اهل العدل لم يكن عليه فيه دية كما لو كان في صف اهل الحرب لانه اهدر دمه حين وقف بصفهم ولو دخل باغ بامان فقتله عادل عليه الدية كما قتل المسلم مسلما في دارنا وهذا بخلاف شبهة الاباحة في دمه واذا حمل العادل على الباغي فقال تبت والقى السلاح كف عنه وكذا لو قال كف عني حتى انظر لعل التوب والقى السلاح وما لم يلق السلاح في صورة من الصور كان له قتله ومتى القاه كف عنه بخلاف الحربي لا يلزمه الكف عنه بالقاية السلاح ولو غلب اهل البغي على بلد فقاتلهم اهل ذمة منهم ولو ظهر اهل البغي على اهل العدل فاجاروهم الى دار الشرك لم يحل لهم ان يقاتلوا المشركين مع اهل البغي لان حكم اهل الشرك ظاهر عليهم ولا يحل لهم ان يستعينوا باهل الشرك على اهل البغي اذا كان حكم اهل الشرك هو الظاهر ولا باس بان يستعين اهل العدل بالبغاة والذمة على الخوارج اذا كان حكم اهل العدل هو الظاهر لانهم يقاتلون لاعزاز الدين والاستعانة عليهم بنوع منهم اولى من اهل الذمة كالاستعانة عليهم بالكلاب واذا ولي البغاة قاضيا في مكان غلبوا عليه فقضى ما شاء ثم ظهر اهل العدل ورفعت اقضيته الى قاضي العدل نفذ منها ما هو عدل وكذا ما قضاه برأي بعض المجتهدين لان قضا القاضي في المجتهدات نافذ وان كان مخالفا لراي قاضي العدل ولو استعانا البغاة باهل الحرب فظهر عليهم سبينا اهل الحرب ولا يكون استعانة البغاة امان منهم لهم حتى يلزمنا منعهم على ما قدمنا ان المسلم من يدخل دار الاسلام تاركا للحرب ومتى ما دخلوا الا ليقاتلوا المسلمين

كتاب اللقيط

اعلم ان اللقيط والقطة والضالة الجهاد لما فيه من كون النفوس والاموال تصير عرضة للفوات وقدم اللقيط على اللقطة لتعلقه بالنفس والمتعلق به مقدم على المتعلق بالمال اللقيط لغة ما يلقط ان يرفع من الارض فعيل بمعنى مفعول سمي الولد المطروح خوفا من العيلة او من تهمة الزنا باعتبار ما اله اليه آيل اليه ان يلتقط في العادة كما قتيل في قوله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا فله سلبه والالتقاط مندوب اليه لما فيه من احياء نفس مسلمة اذا لم يغلب على الظن ضياعه فان غلب على ظنه ضياعه كان واجبا وقول الشافعي وباقي الائمة الثلاثة وفرض كفاية الا اذا خاف هلاكه ففرض عين يحتاج الى دليل الوجوب قبل الخوف ثم اذا غلب على الظن ضياعه او هلاكه فهما قالوا وهو المراد بالوجوب الذي ذكرناه والوجوب بالمعنى الاعم ظاهر ان هذا الحكم وصف الزام التقاطه اذا خيف هلاكه بمجمع عليه والثابت الزامه بقطع فرض **قوله** اللقيط حر ولو كان الملتقط عبدا اي في جميع احكامه حتى يحد قاذفه والجناية عليه كالجناية على الاحرار ولا يحد قاذف امه لانا لم نعلم حريتها ولا يتام الحد مع احتمال السقوط وانما حكم الشرع فيه بالحرية لان الاصل في بني آدم الحرية لانه اوا دخار المسلمين آدم وحوا وانما عرض الرق بعد وضع الكفر بعضهم فما لم يتيقن بالعارض لا يحكم به وكذا الدار دار الاحرار وكان الحكم للغالب والغالب في جميع اقطار الدنيا

الاحرار **قوله** ونفقته في بيت المال اي اذا لم يكن له مال وهذا بالاجتهاد واصله ما روي ان مالكا في الموطا عن سنين ابي جميلة رجل من بني سليم انه وجد منبوذا في زمن عمر ابن الخطاب قال فجئت به الى عمر فقال يا عمر ملك على اهذه النسمة فقال وجدتها ضايعة فاخذتها فقال له عريفه يا امير المومنين انه اي سنين الملتقط رجل صالح قال كذلك قال ثم قال اذهب به فهو حر وعلينا نفقته وعقله رواه الشافعي في مسنده وقال البيهقي وغير الشافعي يرد به على مالك ويقول فيه وعلينا نفقته من بيت المال انتهى وكذلك رواه عبد الرزاق قال انبانا مالك عن ابن شهاب حدثني ابو جميلة انه وجد منبوذا في عهد عمر ابن الخطاب رضي الله عنه فاتاه به فاخبره عمر رضي الله عنه فاثنى عليه خيرا فقال عمر رضي الله عنه هو حر وولاؤه لك ونفقته من بيت المال ونفهم عمر رضي الله عنه ما في رواية محمد عنه بحديث ابي جميلة ان قال له عسى الغوير ابوسا وهو مثل لما يكون ظاهره طلاق باطنه واول من قاله الزبا وما قيل فيه دليل على ان الملتقط ينبغي ان يأتي به الى الامام او اليس بلازم فمن لم يتبرع بالانفاق وقصد ان ينفق عليه من بيت المال كما فعل ابو جميلة كحاج لي ان يأتي به اليه واذا جاء به الى الامام لا يعدقه فيخرج من بيت المال نفقته الا ان يقيم بينة على الانفاق انه ماساء ابنه وكذا قال عمر عسى الغوير ابوسا والوجه انه لا يتوقف على البينة بل يأمر بما يرجح صدقه الا ترى ان عمر لما قال عريفه انه رجل صالح اتفق عليه فان هذه البينة ليست على ايضاع البينات فانهم تتم على خصم حاضر وانما كانت ليترجح صدقه في اخباره بالانفاق وكذا قال في المبسوط هذه كشف الحال والبينة تكشف الحال بمقولة وان لم تكن على خصم قال الواقدي وحدثني محمد ابن عبد الله ابن اخي الزهري عن الزهري عن سعيد ابن المسيب قال كان عمر اذا اتي بلقيط فرض له ما يصلحه رزقا يأخذه وليه كل شهر ويوصي به خيرا ويجعل رضاعه في بيت المال ونفقته روى عبد الرزاق حدثنا سفيان الثوري عن زهير ابن ابي ثابت عن ذهل ابن اوس عن تميم انه وجد لقيطا فاتى به ابي علي رضي الله عنه فالحقه على علي بالله وكانه مسلم عاجز عن الكسب ولا مال له ولا قرابة اغنيا نجب نفقته عليهم فكانت في بيت المال كالمعتد الذي لا مال له وكان ميراثه لبيت المال والحاج بالضمان اي لبيت المال عند ابي ميراثه وديته حتى لو وجد اللقيط قتيلا في محلة كان على اهل تلك المحلة دية لبيت المال وعليهم القسامة وكذا اذا قتله الملتقط او غيره خطا فالدية على عاقلته لبيت المال ولو قتله عمدا فاختار الامام على ما تقدم في مثله فعليه غرمه ولهذا كانت جنايته في بيت المال وعند محمد رحمه الله كجناية الحسن البصري ان رجلا التقط لقيطا فاتى به عليا رضي الله عنه فقال له هو حر وان الكون وليت من امرهم مثل الذي وليت منه احب الي من كذا وكذا فحرض على ذلك ولم ياخذه منه بالولاية العامة وهي الامامة لانه لا ينبغي للامام ان ياخذ من الملتقط الا بسبب يوجب ذلك كان يدل سبقت اليه فهو احق به **قوله** والملتقط متبرع بالانفاق عليه لعدم ولايته على ان يلحقه الدين ليرجع عليه اذا كبر واكتسب الا ان يامره القاضي به فيكون دينا عليه يعني بهذا القيد بان يسوق النفق عليه ويكون ذلك دينا عليه وظاهر الحصر المذكور في قوله الا ان يامر الى اخره ويفيد انه لو امر ولم يقل ليكون دينا لا يرجع بما انفق وهو كذلك في الاصح لان مطلق الامر بالانفاق انما يوجب ظاهرا ترغيبه في اتمام الاحتساب وتحيل الثواب فيل يوجب له الرجوع لان امر القاضي كامر اللقيط بنفسه اذا كان كبير المعوم ولاية القاضي فاذا انفق بالامر الذي يصير دينا عليه فبلغ فادعى انه انفق عليه لذا فان صدقه اللقيط رجع به وان كذبه فالقول قول اللقيط وعلى الملتقط البينة **قوله** فان ادعى مدع انه ابنه فالقول قوله ويثبت نسبه منه مجرد دعواه ولو كان ذميا قال المصنف معناه اذا لم يدع الملتقط نسبه يعني سابقا على دعوى المدعي او مقارنا اما اذا ادعياه على التعاقب فالسابق من الملتقط والخارج اولى وان ادعياه معا فالملتقط اولى ولو كان ذميا والخارج مسلما لاستوائهما في الدعوى ولاحدهما يد فكان صاحب اليد اولى وهو الذي يحكم باسلام الولد ثم ثبوت النسب مجرد دعوى الخارج استحسانا والقياس ان لا يثبت الا ببينة لانه يتضمن ابطال حق ثابت بمجرد دعواه وهو حق الحفظ الثابت للملتقط وحق الولاء الثابت لعامة المسلمين وجه الاستحسان

انه اقرار للصبي بما ينفعه لانه يتشرف بالنسب ويتأدى بانقطاعه اذ يعير به ويحصل له من يقوم بتربيته وسوغنه راغبا في ذلك غير ممتنع به ويد الملتقط انما اعتبرت لاجل الحصول مصلحته هنا لا لذاتها والاستحقاق ملك وهذا مع زيادة ما ذكرنا حاصل بهذه الدعوة فيقدم عليه ثم يثبت بطلان يد الملتقط ضمنا مترتبا على وجوب اتصال هذا النفع اليه لان الاب احق بكونه في يده من الاجنبي وصار كشهادة الفاسقة على الولادة تقبل ثم يترتب عليها استحقاق الميراث ولو شهدت عليه امة لم يصح وكثير من المشايخ لا يذكرون غير هذا وذكر بعضهم ان عند البعض يثبت نسبه من المدعي ويكون في يد الملتقط للجمع بين منفعتي الولد والملتقط وليس بشيء والمالا يثبت النسب في دعوى ذي اليد مقبول يصح قياسا واستحسانا اي ليس فيه قياسا يخالف والصحيح انها ايضا فيه الا ان وجه القياس فيه عين في دعوى الخارج فان ذلك هو استلزامه ابطال حق المجرد دعواه وهنا هو استلزامه التناقض لانه لما ادعى انه لقطة كان نافيا نسبه فلما ادعاه تناقض وجه الاستحسان فيه ما قدمناه والتناقض لا يضر في دعوى النسب لانه مما يخفى ثم يظهر وهذا معنى ما في الاصل الذي حال المصنف عليه ولو ادعاه اثنان خارجان معا ووصف احدهما علامة في جسده وطابق فهو اولى به من الاخر الا ان يقيم الاخر البينة فيقدم على ذي العلامة اوكان مسلما وذو العلامة ذميا ولو اقاما البينة ولم يصف احدهما علامة كان ابنهما لاستوائهما في سبب الاستحقاق وهو الدعوى وكذا لو اقام كل واحد منهما مسلمان ولو كانت دعوة احدهما سابقة على الاخر كان ابنه ولو وصف الثاني علامة لم يتبين في وقت لا منازع له فيه واذا قدم ذو العلامة للترجيح بها بعد ثبوت نسبي الاستحقاق بينهما وهو دعوة كل منهما خلافا لما في عيون المسائل يد ثالث وذكر احدهما علامة لا يفيد شيئا وكذا اذا وصف مدعي اللقطة لا يجب الدفع بالوصف لان سبب الاستحقاق هناك ليس مجرد الدعوى بل البينة فلو قضى له لكان اثبات الاستحقاق ابتداء بالعلامة وذلك لا يجوز انما حال العلامة ترجيح احد السببين على الاخر ولو ادعاه اثنان خارجان فاقام احدهما البينة انه كان في يده قبل ذلك كان احق به لظهور تقدم اليد وكما لم يترجح دعوى واحد من المدعيين يكون ابنا لهما وعند الشافعي في احد قوليه الفاقة على ما قدمنا في باب الاستيلاد والملحق باكثر من اثنين عند ابي يوسف وهو رواية عن احمد وعند محمد بالحق باكثر من ثلاثة وفي شرح الطحاوي وان كان المدعي اكثر من اثنين فعن ابي حنيفة انه جعل الى خمسة ولو ادعته امراة لا تقبل الا ببينة لان فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج وان ادعته امراتان واقاما البينة فهو ابنهما عند ابي حنيفة في رواية ابي حفص وعندهما لا يكون ابنا لاحد منهما وهو رواية ابي سليمان عنه وهذا كله في حال حياة اللقيط فلو مات عن مال فادعى انسان نسبه فان صدقه ورثه باعتبار ان اللقيط محتاج الى ذلك وبالموت استغنى عنه فبقي علامة مجرد دعوى الميراث ولا يصدق الا ببينة على ذلك **قوله** واذا وجد اللقيط في مصر من امصار المسلمين او في قرية من قراها مصر او غير مصر لا عبرة في ذلك بين كونه فيه كفار كثيرون او لا فان ادعاه ذمي انه ابنه ثبت نسبه منه وكان مسلما استحسانا والقياس ان لا يثبت نسبه منه لان في ثبوت نسبه منه نفي اسلامه الثابت بالدار وهو باطل وجه الاستحسان ان دعواه تضمنت شيئين النسب وهو نفع للصغير ونفي الاسلام الثابت بالدار وهو ضرر به وليس من ضرورة ثبوت النسب من الكافر الكفر لجواز ان مسلما هو بين كافرين اسلمت امه فصح ادعوته فيما ينتفع به من ثبوت النسب دون ما يضره الا اذا اقام بينة من المسلمين على نسبه لحينئذ يكون كافرا وذكر سمامة في نوادره صليت او عليه قميص ديباج او وسط راسه تجذر انتهى ولا ينبغي ان يحمل قميص الديباج علامة في هذه الديار لان المسلمين كثيرا ما يلبسونه واذا حكمنا بانه ابن ذمي وهو مسلم فينبغي ان ينزع من يده اذا قارب ان يعقل الاديان لما قلنا في الحضانة اذا كانت امة المطلقة كافرة **قوله** وان وجد في قرية من قرى

اهل الذمة او في بيعة او كنيسة في دار الاسلام كان ذميا هكذا قال القدوري قال المصنف هذا الجواب فيما اذا كان الواجد ذميا رواية واحدة فان كان مسلما في هذا المكان اي في قرية من قرى اهل الذمة او بيعة او كنيسة او كان الواجد ذميا ولكن وجد في مكان المسلمين اختلفت الرواية فيه في كتاب اللقيط العبرة بالمكان في الفصلين وهو ما اذا كان الواجد مسلما في نحو الكنيسة او ذميا في غير ما من دار الاسلام وعلم مما ذكر القدوري هنا ان المكان سابق والسبق من اسباب الترجيح وفي كتاب الدعوى اختلفت النسخ في بعض النسخ اعتبر الواحد في الفصلين وهو رواية ابن سماعة في الفصلين لان اليد اقوى من المكان الا ترى ان لقيط المسجد مع احد الابوين يحكم بكونه كافرا حتى لا يصلى عليه اذا مات وفي بعض نسخه اي نسخ كتاب الدعوى من المبسوط اعتبر الاسلام اي ما يصير الولد مسلما نظرا للصغير وما ينبغي ان يعدل عن ذلك فعلى هذا الوجه ما اذا وجده كافر في دار الاسلام او مسلم في كنيسة كان مسلما فصارت الصور اربعا اثنتان منها واضحتان وهو ما اذا وجده مسلم في قرية من قرى المسلمين فهو مسلم او كافر في كنيسة فهو كافر واختلفتا في اثنتين وهما مسلم في نحو كنيسة او كافر في نحو قرية المسلمين وفي نهاية البهقي قيل يعتبر بالسيما والزي لانه حجة قال الله تعالى تعرفهم بسيماهم يعرف المجرمون بسيماهم وفي المبسوط كما لو اختلط الكفار يعني موتانا بموتانا يوتى بالفصل بالزي والعلامة ولو فتحت القسطنطينية فوجد فيها شيخ يعلم صبيانا حوله الغرمان يدعي انه مسلم يجب الاخذ بقوله **قوله** ومن ادعى ان اللقيط عبده لم يقبل منه لان الاصل الحرية لما قدمنا الا ان يقيم بينة لانه قال هذه البينة ليست على حكم فلا يقبل لان الملتقط خصم لانه لما ثبت بيده عليه فلا تزول الا ببينة هنا واما قلنا هنا فيلا ينتقض بما اذا ادعى خارج نسبه فان يده تزول لا ببينة على الاوجه والفرق ان يده اعتبرت لمنفعة الولد وفي دعوى النسب منفعة تفوق المنفعة التي اوجبت اعتبار يد الملتقط فتزال ما يفوق المقصود من اعتبارها وهنا ليس دعوى العبد به كذلك بل مما يضر لتبديل الملكية بالمملوكية فلا تزال الا ببينة **قوله** فان ادعى عبد انه ابنه ثبت نسبه منه لانه ينفعه وكان حرا كان المملوك قد تملك له الحر فيلون الاب عبدا والولد حرا لانه يتبع امه في الحرية والرق قيل فيما ينفعه دون ما يضره على ما ذكرنا في دعوى الذمي فلم يكن من ضرورة ثبوت نسبه منه رقه فلا تبطل الحرية الظاهرة بالشك واذا لم تبطل ام ولده ان اقام فان اقام احداهما فهي امه بينة خلاف بين ابي يوسف ومحمد ذكر في الاصل ان الولد حر عند محمد وعند ابي يوسف عبد لمحمد يقول في دعوى العبد ينفع هو السبب وصدره هو الرق واحدهما يتصل عن الاخر فيعتبر فيما ينفعه دون ما يضره وابو يوسف يقول لما صدقه الشرع في ثبوت النسب يصدقه فيما كان من ضرورته لحكم برقه بخلاف الذمي فانه ليس من ضرورته ثبوت كفره بجواز اسلام زوجته وعلى هذا القول الذمي انما يصدق لو كان الملتقط ذميا ادعاه مع مسلم خارج رجح عليه وكذا ادعاء الذمي انه ابنه والمسلم انه عبده فهو ابن الذمي لانه ينزل بالنسب والحرية مع الحكم باسلامه وكذلك في دعوى رقه الا ان يقيم بينة رقه فيكون رقيقا كما ان الذمي اذا ادعاه ابنا له واقام بينة من المسلمين يكون كافرا ولو وجد طفل في يد عبد محجور ذكر انه التقطه وبينة له على الالتقاط وكذبه مولاه وقال هو عبدي فالقول قول المولى لان العبد المحجور لا يد له على نفسه فانه في يد مولاه وكذا لو اقر بعين في يد لاحر وكذبه المولى لم يصح اقراره كما لو كان في يد المولى ولو كان العبد ماذونا في التجارة فالقول قول العبد لان للماذون يدا على نفسه حتى يصح اقراره بما في يده لغير السيد وان كذبه السيد فيكون الولد الذي في يد حرا الا ان يقيم سيده بينة انه عبده **قوله** واذا وجد مع اللقيط مال مشدود عليه او دابة هو مشدود عليها فالكل له بلا خلاف اعتبارا للظاهر اي لدفع ملك عين عنه ثم يثبت ملكه في ذلك بقيام يده مع حريته المحكوم بها وقوله لما ذكرنا يريد قوله اعتبارا للظاهر ثم نصه الواحد اليه بامر القاضي لانه مال ضايع اي لحافظ له وان كان معه ولا فدابته له على الحفظ وللقاضي ولاية صرف مثله اليه وكذا الغير الواحد بامره والقول قوله في نفقة مثله وقيل له صرفه عليه بغير امر القاضي

ايضا

انما لانه للتقيط كما حكمنا به وللواجد الانفاق وشراء ما لا بد له منه من الطعام والكسوة لانه من الانفاق وشراء ما لا بد له عطف على وانه من قوله وله وولاية الانفاق اي للواجد وولاية الانفاق وله شراء ما لا بد للقيط منه ولهذا قال احمد وله يجوز للملتقط تزويج اللقيط واللقيطة لانعدام سبب وولاية النكاح من القرابة والملك والسلطنة وهذا بالاجماع وله التصرف في ماله بالبيع والشراء شيء ليستحق الثمن وينبغي عليه ان الذي اليه ليس الا الحفظ والصيانة وما من ضروريات ذلك اعتبارا بالام فانها لا يجوز لها ذلك كما مر من التصرفات ما لا يملكه الملتقط كالتزويج عند عدم العصبة لعدم ملكه لذلك اولا وهذا اي عدم نفوذ كل من الام والملتقط بالبيع ونحوه لان ولاية التصرف انما هو ليتميز المال وذلك انما يتحقق بالرأي الكامل والشفقة الوافرة والموجود في كل منهما احدهما كان في الام شفقته كاملة مع قصور في الرأي وفي الملتقط رأي كامل مع قصور شفقته لان في الام تشفقه كاملة مع قصور في الرأي وفي الملتقط رأي كامل مع قصور شفقته لعدم القرابة ونظير ما ذكر المصنف هنا ما قدمه في ثبوت الخيار للصغير اذا بلغت وقدمنا هناك عن الاب والجد من كتاب النكاح **قوله** ويجوز ان ينتصب اي الملتقط للتقيط الهبة والصدقة عليه لانه نفع محقق واذا ملكه الصغير بنفسه اذا كان عاقلا وتملكه الام ووصيها قال القدوري ويسلمه في صناعة لانه من باب التثقيف وحفظ حاله عن الشتات وصيانته عن الفساد ثم قال القدوري ويؤاجر لانه من التثقيف يعني التقويم وفي الجامع الصغير لا يجوز ان يؤاجر ذكره في الكفاية قال المصنف وهو الاصح لانه لا يملك اتلاف منافعه ولا يملك تمليكها فاشبه الام بخلاف الاب لان منافعه بالاستخدام والاعانة بالعوض فجاز العوض بالاجارة اولى **فرع** ادعاه الملتقط عبدا له بعد ما عرف الالتقاط لا يصدق الا ببينة كما لو ادعاه وارث ولو ادعاه ذمي واقام بينة من اهل الذمة انه ابنه لا عبرة بها كان نسبه ثبت بمجرد دعواه واثره نصف البينة في كونه كافرا وايتبت بذلك ولو وجده مسلم وكافر تنازعا في كونه عبد احدهما قضي به للمسلم لانه محكوم له بالاسلام فكان المسلم اولى بحفظه ولانه تيقنه احكام الاسلام بخلاف الكافر اذا بلغ اللقيط فافترانه عبد فلان وفلان يدعيه ان كان قبل ان يتغير عليه بما يتغير به الى الاحرار كما حد الكامل ونحوه صح اقراره وصار عبدا لانه غير متهم فيه وان كان بعد التغير بنحو ذلك لا يقبل ولا يصير به عبدا لانه فيه ابطال حكم الحاكم ولانه مكذب شرعا في ذلك فهو كما لو كذبه الذي اقر له بالرق ولو كاتب اللقيطة امرأته ثم افترقا بالرق بعد ما كبرت ان كان بعد التزويج صح وكانت امة للمتزوج والا فسد في ابطال النكاح لان الرق لا يبتدئ النكاح ابتداء وثبتا فليس من ضرورة الحكم برقها انتفاء النكاح ولو بلغ فتزوج امرأة ثم اقر انه عبد لفلان ولا امرأته عليه صداق وصداقها لازم عليه لا يصدق في ابطاله لانه دين ظهر وجوبه فصار متهما في اقراره هذا وكذا اذا استدان دينا او باع انسانا او كفيل كفالة او وهب لو تصدق وسلم او دبر او كاتب او اعتق ثم اقر انه عبد لفلان لا يصدق في ابطال شيء من ذلك لانه متهم وتقدم ان ميراثه لبيت المال فلو انه والى رطلا بعد ما ادرك للملتقط او غيره فان كان قبل ان يأكله او لبيت المال بان حتى جنايته وعقله بيت المال ولا يبطل بيت المال ولا ينتقل ميراثه عن بيت المال وان كان قبل ذلك جاز ولا يلزم بيت المال شيء من جنايته ولا عقله ان كان له ان يوالي مولى وصار كالذمي اسلم من اهل الحرب له ان يوالي من شاء الا ان يحتى فيعقله بيت المال

كتاب اللقطة

هي فعله بفتح العين وصف مبالغة للفاعل كهمزة ولمزة ولعنة وضحكة لكثير الهمز وغيره وبسكونها للمفعول كضحكة وهزءة للذي يضحك منه ويهزأ به واما قيل للمال الملقوط بالفتح لان طباع النفوس في الغالب تتبادر الى التقاطه لانه مال فصار المال باعتبار انه داع الى اخذ يعني فيه نفسه كانه الكثير الالتقاط مجازا والاخيرة للملتقط الكثير الالتقاط وهما عن الاصمعي وابن الاعرابي انه بفتح القاف اسم للمال ايضا فحمول على هذا يعني يطلق على المال ايضا ثم اختلف في صفة رفعه فنقل عن المنتقى انه لا يحل له وانه مال الغير ولا يضع يده عليه بغير اذنه وبعض التابعين وبه قال احمد يحل والترك افضل اما الحل فلانه صلى الله عليه وسلم لم ينه

عن ذلك ولا انكر عليه من فعله بل امره بتعريفها على ما سنذكره واسند اسحاق بن راهويه عنه صلى الله عليه وسلم
من اصاب لقطة فليشهد ذا عدل واما انضلية الترك فلان صاحبها يطلبها في المكان الذي فقدها فيه ولو لم
يذكر خصوص المكان فاذا تركها كل احد فالظاهر ان يجدها صاحبها لانه لابد عادة ان يمر في ذلك المكان مرة اخرى
في عمره وكان الظاهر ان تسقط في احد الطرقات التي يمر بها او يجلس فيه عادة امن وعادة الفقراء على انه اليه
وقيده الطحاوي وغيره بما اذا كان يامن على نفسه فان كان لا يامن بتركها فانه يجوز ان تصل يد خائنه فان غلب
على ظنه ذلك ان لم يأخذها ففي الخلاصة يفترض الرفع ولو رفعها ثم بدا له ان يضعها مكانها ففي ظاهر الرواية لا ضمان
عليه وسنذكره **قوله** واللقطة امانة اذا اشهد الملتقط انه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها لان الاخذ على
هذا الوجه مأذون فيه شرعا بل هو افضل وظاهر المبسوط اشتراط عدلين لقوله اخره واذا كان كذلك يعني اذا كانت
اشهد او اذا كان امانة بان اشهد لا تكون مضمونة عليه فلو هلكت بغير صنع منه لا ضمان عليه وكذا اذا اصدته
المال في قوله انه اخذها ليردها وصار نظير ما لو كيلته على انه اخذها ليردها ولو اقر انه اخذها لنفسه
ضمنها بالاجماع وان لم يشهد وقال اخذتها للرد للمالك وكذبه المالك يضمن عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
لا يضمن وبه قال الشافعي ومالك واحمد وفي شرح الاقطع ذكر محمد مع ابي يوسف والقول له مع يمينه انه اخذها ليردها
لان الظاهر شاهد له اذ الظاهر من حال المسلم اختياره الحسبة والمعصية والامين الاخذ مأذون فيه شرعا بقيد
كونه للمالك واذا احتمل ان يكون الظاهر انه اخذه للمالك فالاصل في الباب ان يكون مشكوكا في انه اخذه له
او لنفسه فلا يضمن بالشك ولهما انه اقر بسبب الضمان وهو اخذ مال الغير وادعى ما يبرئه وهو الاخذ
للمالك وفيه رفع الشك فلا يسمع وذكر ابو يوسف من الظاهر يعارضه مثله لان الظاهر كون المتصرف عاملا
لنفسه فان قال كون اخذ المال سببا للضمان اذا لم يكن باذن الشرع فاما باذنه فممنوع واذا لم يثبت
ان هذا الاخذ سبب للضمان لم يقع الشك في البراءة بعد ثبوت سبب الضمان حتى يقع ما ذكر نظير
فالجواب ان اذن الشرع مقيد بالاشهاد عند الامكان على ما ذكرنا انفا من رواية اسحاق من اصاب
لقطة فليشهد ذا عدل وهذا الاختلاف فيما اذا امكنه الاشهاد واذا لم يمكنه عند الرفع او خاف انه و
ان اشهد اخذ كما منه ظالم فتركه لا يضمن بلا خلاف والقول قوله مع يمينه كونه في معنى من لا اشهاد وكذا اذا قال
وكيفيه في الاشهاد ان يقول من سمعتموه ينشد ضالة فدلوه علي او عند ضالة او شيء نحن سمعتموه يقول
اخر فاذا جاء صاحبها فقال هلكت لا يضمن ولا فرق بين كون اللقطة واحدة او اكثر لانه اي اللقطة بتأويل
الملتقط اسم جنس ولا يجب ان يبين ذهبا او فضة خصوصا في هذا الزمان قال الحلواني اوفى ما يكون
من التعريف ان يشهد عند الاخذ ويقول اخذتها لاردها فان فعل ذلك ولم يعرفها بعد ذلك كفى لجعل التعريف
اشهادا وقول المصنف كفيه من الاشهاد ان يقول الى اخره وبينه مثله فاقتضى هذا الكلام ان يكون الاشهاد
الذي امر به في الحديث هو التعريف وقوله صلى الله عليه وسلم من اصاب فليشهد معناه فليعرفها ويكون
قوله اذا عد اليه عند محمد المالك التعريف اي الاشهاد فانه اذا استشهد ثم عرف حضرته
لا يقبل ما لم يكن عدلا والا فالتعريف لا يتقيد على ما تحضره العدول وعلى هذا الخلاف ابي يوسف فيما اذا لم
يعرفها اصلا حتى ادعى ضياعها وادعى انها كانت عنده ليردها واخذها لذلك وقوله ان اذن الشرع ان
مقيد بالاشهاد اي بالتعريف فاذا لم يعرفها فقد ترك ما امر به شرعا في الاخذ وهو معصية فكان
الغالب على الظن انه اخذها لنفسه وعلى هذا لا يلزم الاشهاد اي التعريف وقت الاخذ بل لا بد منه قبل
هلاكها ليعرف به انه اخذها ليردها لا لنفسه وحينئذ فما ذكر في ظاهر الرواية من انه اذا اخذها
ثم ردها الى مكانها لا يضمن من غير قيد بكونه رد ها الى مكانها او بعد ما ذهب ثم رجع ظاهر لان بالرد
ظهر انه لم يأخذها لنفسه وبه ينتفي الضمان عنه وقيد بعض المشايخ بما اذا لم يذهب بها فان ذهب بها
ثم اعادها حتى وبعضهم ضمنه ذهب بها او لا والوجه ظاهر المذهب وما ذكرنا لا ينفي وجه التضمين بكونه
متصرفا مال غيره بطرحه بعد ما لزمه حفظه بالاخذ **قوله** فان كانت اللقطة اقل من عشرة عرفها

اما ما فسرها المصنف بحسب ما يرى من الايام من غير تفصيل وذلك انه روي عن ابي حنيفة ان كانت مائتين
فصاعدا عرفها حولا وان كانت اقل من مائتين الى عشرة عرفها شهرا وان كانت اقل من عشرة يعرفها
على حسب ما يرى وفي رواية اخرى قال فيما دون العشرة وان كانت ثلاثة فصاعدا يعني الى العشرة
يعرفها عشرة ايام وان كانت درهما فصاعدا يعني الى ثلاثة يعرفها ثلاثة وان كانت دانقا فصاعدا
يعرفها يوما وان كانت دون الدانق ينظر يمنة ويسرة ثم يضعها في كفه فغير قال شمس الائمة شيء من
هذا ليس بتقدير لازم بل يعرف القليل بقدر ما يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك وهذا اخذ الرواية
التي ذكرناها قبلها وهو جيد والظاهر انه انما قدر بذلك التقديرات في القليل لغلبة الظن ان المالك
في تلك المقادير لا يطلبها بعد تلك المدد فكان المعول عليه غلبة ظن تركها وظاهر الرواية وهو ما ذكر
محمد في الاصل تقدير بالحول من غير فصل بين قليل وكثير وهو قول مالك والشافعي واحمد لقوله صلى الله عليه وسلم
ما سنذكره وكذا روي عن عمر وعلي وابن عباس وجهه ما ذكر المصنف من قوله صلى الله عليه وسلم من التقط شيئا فليعرفه
سنة من غير فصل وفيه انه لفظ مشترك بما رواه البزار عن ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن اللقطة
فقال ما تحل اللقطة فمن التقط شيئا فليعرفه سنة ومعنى ما تحل اللقطة اي ما يحل للملتقط تملكها وهذا
لا يتعرض للالتقاط بنفسه وفي الصحيحين عن زيد بن خالد سأل رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اللقطة
قال عرفها سنة ثم اعرف عفاصها ووكاءها ثم استنفق بها فان جاء صاحبها فادها اليه وجه الاول ان التقدير
بالحول ورد في لقطة كانت مائة دينار وتساوي الف درهم والعشرة فما فوقها في معنى الالف شرعا
في تعلق القطع بسرقته وتعلق استحلال الغنوج به وليست في معناها في حق تعلق الزكاة فاوجبا التحريز
بالحول الحاق لها بما فيه الزكاة من المائتين فما فوقها احتياطا دون العشرة ليس في معنى الالف شرعا بوجه
فتعوض التقدير فيها الى راي المبتلى به والى هذا بقوله لو كانت مائة دينار رماها في الصحيحين واللفظ للبخاري
عن ابي بن كعب قال اخذت صرة مائة دينار فاتيت بها النبي صلى الله عليه وسلم فقال عرفها حولا فعرفتها فلم اجد
من يعرفها ثم اتيته فقال عرفها حولا فعرفتها فلم اجد ثم اتيته ثلاثا فقال احفظ وعاءها وعددها ووكاءها فان جاء
صاحبها والا فاستمتع بها وهذا يقتضي قصر حديث العام على حديث المائة دينار وليس كذلك بل يتدرد
الامر بالتعريف سنة في غير حديث مطلقا من صورة المائة دينار كما قدمناه وغيره مما لم نذكره **قوله**
وقيل الصحيح ان شيئا من هذه التقادير ليس بلازم والى التقدير بالعام وغيره من الى راي المبتلى به يعرفها
الى ان يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدق بها وهذا ذكره شمس الائمة واختاره واستدل
عليه بحديث الثلاث سنين في المائة دينار فانه يعرف به ان ليس السنة بتقدير لازم بل ما يقع عند
الملتقط ان صاحبه ينزكه بعد المدة او لا وهذا مختلف باختلاف خطر المال الا ترى ان المال لما كان خاطرا
كبير امر صلى الله عليه وسلم ان يعرفه ثلاث سنين **قوله** وان كانت اللقطة شيئا لا يبقى عرفه حتى
يخاف فساده فيتصدق به قال المصنف وينبغي ان يعرفها في الموضع الذي اصابها فيه وفي المجمع يعني
الاسواق وابواب المساجد فينادي من ضاع له شيء فليطلبه عندي واعلم ان ظاهر الامر بتعريفها
سنة يقتضي تكرار التعريف عرفا وعادة وان كانت ظرفيه السنة للتعريف يصدق بوقوعه مرة
واحدة ولكن يجب حمله على المعتاد سنة بنحله وقتا بعد وقت وتكرر ذلك كله وحد مظنه وما قدمناه من
قول الولوالجي بما ينبيء الا كتفا بالمرة الواحدة هو في دفع الضمان عنه اما الواجب فان يذكر الامر بعد
اخرى **قوله** وان كانت اللقطة شيئا يعلم ان صاحبه لا يطلبه كالنواة وقشور الرمان يكون
الذي وه اباحة فيجوز الانتفاع بها للواجد بلا تعريف وعنه صلى الله عليه وسلم انه راى تمرة على الطريق فقال لولا
ان تكون من تمر الصدقة لاكلتها ولا اعلم خلافا فيه بين العلماء ولكن تبقى على ملك مالكها حتى اذا وجده
في يده له اخذها لان الاباحة لا تخرجه عن ملك مالكه وانما الذي وقعت اباحة تملك لان التملك من المجهول
لا يصح وذكر شيخ الاسلام انه لو كانت متفرقة فجمعها ليس للمالك اخذها لانها تصير ملكا له بالجمع وعلى هذا

لالتقاط السابل وبه كان يتقي الصدر الشهيد وفي غير موضع تقييد هذا الجواب اعني جواز الانتفاع بها بما
اذا كانت متفرقة فان كانت مجتمعة في مكان فلا يجوز الانتفاع بها لان صاحبها لما جمعها فالظاهر انه لا يتخلى
واعرض عن اخذها بل سقطت منه او وضعها ليرفعها وعن ابي يوسف لو جز صوف شاة ميتة كان له ان ينتفع به
ولو وجده صاحب الشاة في يده كان له ان ياخذه منه ولو دبغ جلدها كان لصاحبها ان ياخذه بعد ان يعطيه
ما زاد الدباغ وفي الخلاصة والفتاح والكفري والخطب في الماء ليس له اخذه **قوله** فان جاء صاحبها اخذها والاصدق
بها او اكلها ان كان فقيرا او استقرضها باذن الامام وينبغي ان شاء وان شاء امسكها ابدا حتى يجيء صاحبها وان حتى
الموت ثم بها قيل يدخل في المواريث ايضا بعرفونها ومقتضى النظر انهم لو لم يعرفوها حتى هلكت وجاء صاحبها
ان يضمنوا لانهم وضعوا اليد بهم على لقطة ولم ليشهد وا اي لم يعرفوا ويغلب على الظن بذلك ان قصدهم تعريفها
ويجري فيه خلاف ابي يوسف وسيأتي الخلاف في ذلك في اخر الباب فان جاء صاحبها بعد التصدق فهو باحد
خيارات ثلاث ان شاء امضى الصدقة وله ثوابها كان التصدق وان حصل باذن الشرع لم يحصل باذنه اي
باذن المالك وحصول الثواب للانسان يكون بفعل مختار له ولم يوجد ذلك قبل لحوق الاذن والرضى
فيما لاجازة والرضى يصير كانه فعل بنفسه لرضاه بذلك فان قيل كيف تلحقه الاجازة وهي تتوقف
على قيام المحل وقد يكون مجيء المالك بعد استهلاك الفقير لها اجاب بان ذلك فيما يتوقف فيه الملك على
الاجازة كالبيع الفضولي اما هنا فالملك يثبت قبل ذلك شرعا لان الامر بالتصدق عند عدم ظهور المالك
بعد التعريف الابعيد مقصود وبدون ملك المتصدق عليه واذا ثبت الملك قبلها ومعلوم انه مطلق للتصرف
وحال الفقير يقتضي سرعة استهلاكها فثبت عدم توقف اعتبارها على قيام المحل بعد ثبوت اعتبارها بعد
الاستهلاك شرعا اجماعا حتى ينتقل اليه الثواب وان شاء ضمن الملتقط لانه سلم ماله لغير عين لغير اذنه
فان قلت لكنه باذن الشرع واباحة منه قلنا الثابت من الشارع اذنه في التصدق لا ايجابه وهذا
العذر لا ينافي وجوب الضمان حقا للعبد كاذنه في تناول مال الغير المخمصة والمرور في الطريق
مع ثبوت الضمان فاذا جاز ان يثبت اذنه مقيدا به كما ذكرنا وجب ان يثبت كذلك لان الاصل ثبوت ضمان
مال العبد على المتصرف فيه بغير اذنه وان شاء ضمن المسكين اذا كان المدفوع اليه هلك في يده لانه قبض
ماله بغير اذنه فان قلت اذا قبض الفقير ثبت ملكه فما باذن الشرع فكيف يسترجع اجيب بانه و
امانع من ثبوت الملك باذن الشرع مع ثبوت حق الاسترداد كالهبة والمرتد الراجع من دار الحرب
سلم اليه احد الورثة ماله بعد الحكم بالحاق واذا كان كذلك جعل كذلك عند عدم اذنه وان كان قائما
اخذ لانه وجد عين ماله وما نقل عن القاضي ابو جعفر من انه انما يرجع على الملتقط اذا تصدق بغير
امر القاضي اما اذا كان بامره فلا يرجع ردوه بانه خلاف المذهب فانه لو تصدق القاضي بنفسه كان
للمالك ان يضمنه اذا جاء فضلا عن الملتقط المتصدق بامره وهذا لان القاضي ناظر للغيب في امر المال
حفظا لها لا ابطالا فلا ينفذ من ابطاله الا ما الزمه شرعا القيام به والتصدق ليس كذلك **قوله**
ويجوز الالتقاط عند ان ة والبقر والبعير وقال مالك والشافعي واحمد اذا وجد البقر والبعير في الصحرا
فالترك افضل وعلى هذا الخلاف الغنم لهم ان الاصل في اخذ مال الغير الحرمة واباحة الالتقاط مخافة
الضياع واذا كان موا ما يدفع عن نفسه به كالفرس مع القوة في البقر والفرس مع الكدم وزيادة القوة
في البعير والغنم بقلة ظن الضياع ولكنه يتوهم فيقتضي الكراهة في الاخذ والندب الى الترك هذا
ولكن كلامهم يقتضي ان الخلاف في جواز الاخذ وعدمه وهو الظاهر لنا انها لقطة يتوهم ضياعها فيستحب
اخذها وتعريفها صيانة لاموال الناس كما في الشاة لان هذا قياس معارض بما روى اصحاب الكتب الستة
كلهم عن يزيد مولى المنبعث عن زيد ابن خالد الجهني قال جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم عن اللقطة
فقال اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة فان جاء صاحبها والا فشانك بها قلت فضالة الغنم قال هي لك
او لاخيك او للذئب وفي الصحيح قال خذها فانما هي لك او لاخيك او للذئب قال فضالة الابل قال مالك

ولها

ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتاكل الشجر فذرها حتى يجدها ربها وروى ابو داود عن جرير ابن عبد الله
انه امر بطرد نقرة لحقت حتى يتعرف حتى توارت فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الايوي الضالة
الا ضال وقال صلى الله عليه وسلم ان ضالة المسلم حرق النار رواه الجماعة اجاب في المبسوط بان ذلك كان اذ ذاك
لغلبة اهل الصلاح والامانة لاقل ايما يد خائنة فاذا تركها وجدها واما في زماننا فلا يامن ان يصول يد
خائنة اليها بعده فتاخذها احياءها وحفظا على صاحبها فهو اولى ومقتضاه ان غلب على ظنه ذلك ان يجب الالتقاط
وهذا حق فانا نقطع بان مقصود الشارع وصولها الى ربها وان ذلك طريق الوصول فاذا تغير الزمان وصار
طريق التلف فحكمه عنده بلا شك كلا نه وهو الالتقاط للحفظ والرد وانما في ان يكون عاما في الاوقات
خص منها بعض الاوقات بضرورة العقل من الدين لو لم يات حديث عن عياض بن حمار انه صلى الله عليه وسلم
سئل عن الضالة فقال عرفها فان وجدت ربها والا فهي مال الله يوتيه من يشاء ويدل به زيادة بعد تمام
الوجه **قوله** فان انفق الملتقط عليها بغير اذن الحاكم فهو متبرع لقصوره ولايته عن دسته المالك اي عن
ان يتشغلها بالدين بلا امر وان انفق بامره كان دينا عليه كان للقاضي ولاية في مال الغايب نظرا له
وقد يكون النظر في الانفاق على ما بين الان فاذا رفع اليه الحاكم فان كان للبهيمة منفعة وثم من يستاجرها
اجرها وانفق عليها من اجرتها لان فيه ابقاء العين على ملك مالكها بلا الزام دين عليه وكذا ينفعل بالعبد الابق
وان لم يكن له منفعة او لم يجد من يستاجرها وخاف ان تستغرق النفقة فبيعها باعها واحفظ ثمنها
ابقاء له معنى عند تعذر ابقائه بصورة فان الثمن يقوم مقام العين اذ يصلح محلا له والجملة ان كان
الاصلح الانفاق عليها اذن له في ذلك وجعل النفقة دينا عليه اذ فيه نظر من الجانبين جانب المالك
ابقاء عين ماله له وجانب الملتقط بالرجوع قال المشايخ انما يرجع بالانفاق يومين او ثلاثة على قدر
ما يرجى ان يظهر مالكها فان لم يظهر يرجع لان دارة النفقة متاصلة للعين بحيث بل ربما تذهب
العين ويفضل الدين على مالكها وينبغي ان لا ينفذ من القاضي ذلك لو امر به للتيقن
بعدم النظر واذا باعها اعطى الملتقط من ثمنها ما انفق في اليومين او الثلاثة كان الثمن بالحصاص والنفقة
دين عليه بعلم القاضي وصاحب الدين اذا ظفر بجنس حقه كان له ان ياخذه وللقاضي ان يبيعه عليه ولو باعها
بغير امر القاضي لا ينفذ ويتوقف على اجازة المالك فان جاء وهي قايمة في يد المشتري فان شاء اجاز البيع
وان شاء ابطله واخذها من يده وان جاء وهي هالكة فان شاء ضمن المشتري قيمتها وان شاء ضمن البايع وان ضمن البايع
فهذا البيع لانه ملك اللقطة من حين اخذها وكان الثمن للبايع ويتصدق بما زاد على القيمة وفي الاصل يعني المبسوط
يشترط البينة فانه قال فان كان رفعها الى القاضي واقام بينة انها لقطته امره ان ينفق وصححه المصنف
لانه يحتمل انه غصبها والامر بالنفقة الاثبوة الوديعة ومن البينة لكشف الحال اي ليتكشف للقاضي انه
التقطها ام لا فيقضي ولا يحتاج الى حكم له ذكره في المبسوط وفي الذخيرة الامام خصم فما عن صاحبها وان قال الملتقط
لا بينة لي يقول له انفق على ان كنت صادقا وفي الذخيرة يقول له بين يدي ثقات بان يقول امرته
بالانفاق او البيع ان كان الامر كما قال وقوله في الكتاب وجعل النفقة دينا عليه صاحبها اشارة الى انه
انما يرجع اذا شرط القاضي ذلك وهذا رواية وهو الاصح وقيل يرجع بمجرد امره وقد مر في اللقيط واذا اختلف
المالك فللملتقط ان منعه منه حتى يحضر النفقة لانه حي بنفقته فصار كانه استقاد والملك منه كاشبه
البيع واقرب من ذلك رد الابق فان له الحبس استيفاء لجعل لما ذكرنا من الشبيه بالبيع وللملتقط دين
النفقة بهلاكه في يد الملتقط قبل الحبس وليس اذا هلك بعد الحبس لانه يصير بالحبس كالدين من حيث
تعلق حقه به كالموكيل بالبيع اذا نقد الثمن من ماله له ان يرجع الى الموكل ولو هلك قبل الحبس لا يسقط
عن الموكل ولو هلك بعد سقط لانه كالرهن بعد اختيار الحبس هكذا ذكره المصنف ولم يحك خلافا وحافظ الدين
في الكافي ايضا فيهم انه المذهب وجعل العذر دريء هذا قول زفر قال في التقريب قال اصحابنا لو انفق على
اللقطة بامر القاضي وحبس بالنفقة فهلكت لم تسقط النفقة خلافا لزفر لانها دين عند بدل عن عين

وة عن عمل مثله فيما وجاءنا ولها اي العين عند وجوب الضمان وصرح في البناية بعدم السقوط عن علمائنا الثلاثة
فقال لو انفق الملتقط على اللقطة بامر الحاكم وحبسها ليأخذ ما انفق عليها فهلكت لم تسقط النفقة عند علمائنا
الثلاثة خلافا لزفر وحاصل الوجه المذكور في التقريب نفي الحكم اعني السقوط لعدم دليل السقوط فان الدين
ثابت وليست العين الملتقطة رهنا ليسقط بهلاكها اذا لم يتناولها عقد الرهن والمصنف اوجد الدليل وهو
الالحاق بالرهن وان لم يكن من حقيقته لكن النقل كذا رايت واما ما نقل عن ابي يوسف انه ليس له حبسها اصلا
فباطل **قوله** ولقطة الحل والحرم سواء به قال مالك واحمد والشافعي في قول وفي قول يعرفها ابدا حتى يجيء
صاحبها لما روي في ذلك من تصدق وما تملك لقوله صلى الله عليه وسلم فيما ثبت في الصحيحين من حديث ابي هريرة
رضي الله عنه لما فتح الله مكة فاقام النبي صلى الله عليه وسلم في الناس فحمد الله واثنى عليه وقال ان الله حبس عن مكة الفيل وسلط
عليها رسوله صلى الله عليه وسلم والمؤمنين وانها لا تحل لاحد قبلي وانها احلت لي ساعة من نهار وانها لا تحل لاحد بعدي
لا ينفر صيدها ولا يختلى شوكها ولا تحل ساقطتها الا لمنشد فقال العباس الا الاذخر يا رسول الله فانه لقينهم
ولبيوتهم فقال الا الاذخر الحديث للمنشد المعرف والناشد الطالب قال
المتقب، يسيح للشاة اسماعه، اساخة المنشد للناشد، ويروي ويصيح وهو معناه فالفعل من الاول
انشد الضالة ينشدها وانشدها انشادا اذا عرفها ومن الثاني نشدتها انشدها نشدا وانشد انا بكسر
النون اذا طلبتها ولان الملاق قول صلى الله عليه وسلم في حديث زيد بن خالد الجهني وغيره وسئل عن اللقطة فقال اعرف
عفاصها اي وعاءها من جلد او خرقة ونحوها ووكاءها اي رباطها الذي شدت به وعرفها سنة وتقدم فاما ان
يقضي العام على الخاص واما ان يتعارضا فيحمل على كل محمل وهو واجب لكن لا تعارض لان معناه لا يحل الالتقاط الا لمن
يعرف واحمل لنفسه وتخصيص مكة حينئذ لرفع وهم سقوط التعريف بها بسبب ان الظاهر ان واجدها من
لقطة فالظاهر انه للغرباء وقد تفرقوا فلا يفيد التعريف فيسقط كما يسقط فيما يظهر اباحته فبني عليه الصلاة
والسلام انها كغيرها من البلاد في وجوب التعريف وقد ثبت في صحيح مسلم انه صلى الله عليه وسلم نهى عن لقطة الحاج
قال ابن وهب يعني يتركها حتى يجيء صاحبها وعمل على هذا في زمان هذا الزمان لفشو السرقة بمكة من حوالي الكعبة فضلا
عن المتروك والاحكام اذا علم شرعيتها باعتبار شرط ثم علم ثبوت ضده تنتفي مشروعيته بتقدير شرعيته معه
على اشتراطه ولا مفسد في التقاطه لا يلزم ذلك كالرمل والاضطباع في الطواف لاظهار الجلادة **قوله**
واذا حضر رجل وادعى اللقطة لم تدفع اليه حتى يقيم البينة فان اعطى علامتها حل للملتقط ان يدفعها ولا يجبر على ذلك
بالقضاء عند مالك والشافعي واحمد يجبر واعطاء علامتها ان يخبر عن وزنها وعددها ووكائها ويصيب في ذلك
والحق ان قول الشافعي كقولنا والموجب للدفع مالك واحمد واحتجوا بقوله صلى الله عليه وسلم فيما اخرج مسلم في حديث
ابي بن كعب عرفها فان جاء احد يخبرك بعددها ووكائها فاعطه اياها والا فاستمتع بها واخرجه
ايضا عن زيد ابن خالد الجهني وفيه فان جاء صاحبها فعرف عفاصها ووكاءها وعددها فاعطها اياه والا فهي لك
وايضا فان صاحب اليد وهو الملتقط انما ينازعه في اليد لا في الملك لانه لا يدعيه فكانت منازعة من وجه
دون وجه فيشترط ما هو حجة من وجه لا من كل وجه في الوصف المطابق ذلك فاكتفي به ولا يشترط
البينة لعدم منازعة من الوجهين جميعا ولان اليد حق مقصود كالملك حتى ان غاصب المدبر يضمن قيمته
ولم يثبت غير اليد فيكون شبهة لا يستحق الا بالبينة غير انا نحتاج له الدفع عند اصابة العلامة بالحديث
الذي رويناه بناء على ان الامر فيه للاباحة جمعا بينه وبين الحديث المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم البينة
على المدعي واليمين على من انكر وبالله انشاء الله في الدعوى والمدعي هنا صاحب اللقطة فعليه البينة ثم اذا
دفعها بالعلامة فقط ياخذ منه كفيلا استيثاقا قال المصنف وهذا بالاتفاق لانه ياخذ الكفيل لنفسه
خلافا للكفيل لوارث غائب عند ابي حنيفة رحمه الله فيما اذا قسمت التركة بين الغرماء او الورثة
لا بعد مدة من الحكم وامين الوارث كفيل عنده وعندهما يوقف والعرف لابي حنيفة ان حق الحاضر هنا غير ثابت
فيمكن ان يكون المالك غنيا فيجيء ويتوارى الامد فيحتاط بالكفيل بخلاف الميراث فان حق الحاضر معلوم ثابت
وكون غيره ايضا له حق امر موهوم فلا يجوز تاخير الحق الثابت الى ان يحصل الكفيل لحق موهوم وهذا يدل على

دفع الملتقط لو كان بالبينة لا باخذ كفيلا وهو الصحيح وذكر في جامع قاضي خان ان فيه روايتين والصحيح انه
لا يوخذ واورد عليه المصنف انه نفى الخلاف في التكفيل في اللقطة وقال في فصل القضاء بالمواريث فيه اي في
اخذ الكفيل عند دفع اللقطة روايتان والاصح انه على الخلاف على قول ابي حنيفة لا ياخذ وعلى قولهما ياخذ هذا
اذا دفعه بمجرد العلامة فان صدقه مع العلامة او اقام بينة على جواز دفعه اليه لكن هل يجبر فيل يجبر كما لو
اقام بينة وقيل لا يجبر كالوكيل يقبض الوديعة اذا صدقه المودع لا يجبر القاضي على دفعها اليه ودفع بالوقوف
بان المالك هنا منزلة اهر اي المالك الاخذ هذه اللقطة التي صدق الملتقط مدعيها منزلة ظاهر والمودع في مسئلة
الوديعة مالك ظاهرا وانما اقر للحاضر بحق قبض ملك الغير لا يلزمه اقباضه لانه اقرار على
ملك غيره واذا دفع بالتصديق او بالعلامة وجاء اخر واقام البينة انها له ان كانت قائمة في يد المدعي قضي
له بها وهو ظاهر وان كان هالكا خير بين ان يضمن القابض او الملتقط فان ضمن القابض لا يرجع على احد وان ضمن
الملتقط ففي رواية لا يرجع على القابض وهو قول الامام احمد فيما اذا كان الدفع بتصديقه وفي رواية يرجع وهو
الصحيح وجه قول احمد ان الملتقط اعترف بانه مالكها وصاحب البينة ظلمه بتضمينه فلا يظلمه هو وصار
كالمودع اذا صدق الوكيل بالقبض ودفع اليه ثم حضر المودع وانكر الوكالة وضمنه لا يرجع على الوكيل لزعمه
ان الوكيل قبضه بامره والمودع ظالم في تضمينه ولنا انه وان صدقه في الملك لكنه لما قضى بالملك للمدعي
بالبينة فقد صار مكذبا شرعا بتكذيب القاضي فبطل اقراره وصار كانه رفع بلا تصديق ثم ظهر الامر
بخلافه وصار كما لو اقر المشتري بالملك للبائع اذا استحقه غيره ببينة فقضي له به يرجع على البائع ومثل
هذا يجري في اقرار بانه وكيل المودع والذي فرق به في المبسوط ان في زعم المودع ان الوكيل عامل الغير وهو
المودع في قبضه له بامره وليس بضامن بل المودع ظلمه في تضمينه اياه ومن ظلم لا يظلم غيره وهنا في زعمه
ان القابض عامل لنفسه وانه ضامن اذا ثبت الملك لغيره بالبينة فكان له ان يرجع عليه بما ضمن انتهى
قوله ولا يتصدق باللقطة على غني لان المامور به هو الصدقة لقوله صلى الله عليه وسلم فان لم يات
يعني صاحبها فليتصدق به والصدقة لا تكون على غني فاشبه الصدقة المفروضة ولحديث الذي ذكره
هو ما رواه البزار في مسنده والدارقطني عن يوسف بن خالد السمتي حدثنا زياد بن سعد عن سمي
عن ابي صالح عن ابي هريرة رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن اللقطة فقال لا تحل اللقطة
ومن التقط شيئا فليعرفه سنة فان جاء صاحبه فليؤده اليه وان لم يات فليتصدق به فان جاء فليخيره
بين الاجر وبين الذي له وفيه يوسف ابن خالد السمتي وليس للملتقط اذا كان غنيا ان يتملكها بطريق القرض
الا باذن الامام وان كان فقيرا فله ان يصرفها الى نفسه صدقة لا قرضا فيكون فيه للمالك اجر
الصدقة تحقيقا للنظر من الجانبين للمالك بحصول الثواب له وجانب الملتقط كما لو كان الملتقط غير
الملتقط ولهذا جاز دفعها الى فقير غير الملتقط وان كان اب الملتقط او ابنه او زوجته وان كان الملتقط
غنيا لما ذكرنا من تحقق النظر من الجانبين وقال الشافعي له يتملكها وان كان غنيا بطريق القرض غير متقيد
بادن الامام لقوله صلى الله عليه وسلم فان جاء صاحبها فادفعها اليه والا فاستمتع بها قلنا او ابى كان
من المباسير بدليل ما في بعض روايته انه صلى الله عليه وسلم قال والا فهي كسبيل مالك فقد جعل له ما له قلنا
هذه الرواية ليس فيها ان الخطاب لابي فانها في مسلم عن ابي بن كعب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في
اللقطة عرفها فان جاء احد يخبرك بعفاصها ووكائها فادفعها اليه والا فهي كسبيل مالك فظاهر هذا انه يحكي قوله لسائل يساله
وجاز كون ذلك كان فقيرا ثم هنا ما يدل على فقره لانه في زمنه صلى الله عليه وسلم وهو ما في الصحيحين عن ابي
طلحة قلت يا رسول الله ان الله تعالى يقول لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون وان احب اموالي
الي بيرحاء فاني جعلتها لله فقال اجعلها في فقراء اهلك فجعلها ابو طلحة في اقاربه وفي حسان وهذا
صريح في ان ابيا كان فقيرا لكنه يحتمل انه ليس بعد ذلك الا ان قضايا الاحوال اذا تطرق اليها الاحتمال
سقط بها الاستدلال واما ما في حديث زيد ابن خالد جاء رجل يسال النبي صلى الله عليه وسلم عن اللقطة فقال

اعرف الى ان قال فشانك بها وفي رواية فهي لك فهو ايضا من قبيل الاحوال المتطرق اليها الاحتمال اذ يجوز كون السائل
فقيرا ولو سلم ان الخطاب لا يخرج عن قضايا الاحوال ذات الاحتمال اذ لا يلزم كونه قضايا وكونه محاليا
عن الدين ولو كان قضايا لجاز كونه اقل من نصاب وكونه مديونا فانه لو كانت اللقطة لا تحل للملتقط الا بطريق
التصدق فيمتنع اذا كان غنيا لما اكل علي رضي الله عنه وهو لا تحل له الصدقة وقد امر صلى الله عليه وسلم باكلها
فيما اخرج ابو داود عن سهيل بن سعد ان علي ابن ابي طالب دخل على فاطمة وحسن وحسين يبكيان فقال
ما يبكيهما فقالت الجوع فخرج علي رضي الله عنه فوجد دينارا في السوق فجاء فاخبرها فقالت اذهب الى فلان
اليهودي فخذ لنا دقيقا فجاء اليهودي فقال اليهودي انت ختن هذا الذي يزعم انه رسول الله قال نعم فقال فخذ
ديناركل والدقيق لك فخرج علي واخبر فاطمة فقالت اذهب الى فلان الجزار فخذ لنا بدرهم لحما فذهب فرهن
الدينار بدرهم لحم فجئت واخبرت وارسلت الي ابا فجاء فقال ان جبريل اذا كرك فان رايته طلاقا لنا اكلنا
من شاته كذا وكذا فقال كلوا بسم الله فاكلوا فبينما هم مكانهم اذ علام ينشد الله والاسلام الدينار فامر النبي صلى الله عليه وسلم
به فدعي فساله فقال استطمت مني في الشعير فقال صلى الله عليه وسلم يا علي اذهب الى الجزار فقل له ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم يقول لك ارسل الي الدينار ودرهمك على فارسل به فدفعه صلى الله عليه وسلم الى الغلام قلنا هذا الحديث يتكلم
فيه باعتبار تضمنه انفاقه قبل التعريف وذلك يضعفه وقول المنذري ولعل تاويله ان التعريف ليس له
صيغة يعتد بها فلم اجعته لرسول الله صلى الله عليه وسلم علما ومن الخلق اعلان به وهذا بعيد الا كتفاء في التعريف
بمن علم ظاهرا فانه لم يذكر له ذلك الا بعد ان اشتروا واحضروا صلى الله عليه وسلم على الاكل ثم يجاب الحكم
بان عليا عرفه قبل ان ياتي به فاطمة وان لم يذكروا وقد روى عبد الرزاق والبحاق ابن راهوية والبزار وابو يعلى
الموصلي وفيه انه اتى به النبي صلى الله عليه وسلم فقال عرفه ثلاثة ايام فعرفه فلم يجد من يعرفه فرجع فاخبر النبي
صلى الله عليه وسلم فقال شانك به وفيه دليل لمحتار شمول الامة ان من التقدير بحول وغيره وليس بلازم بل يجب ان يمكن
نفسه الى ان يطلبه فطلع نظر عنه وفي سنده ابو بكر بن عبد الله قال البزار يحيى الظن هو عندي ابو بكر
بن عبد الله بن ابي سبرة وهو ليس بالحديث وقال عبد الحق هو متروك والحق ان الحديث ضعيف من جهة الرواية
ومن جهة الاضطراب لان في الرواية الاولى من انا اعلموا بعدان اشتروا واصار سهيا للاكل يناقض
ما في الثانية من انه اعلمه فامر بتعريفه ثم امره باخذه وفي الاول انه دفع عينه للمنشد وفي الثانية
انه جعله دينا عليه وقال اذا جئنا اديناه اليك وعند ذلك والاضطراب موجب للضعف ثم لو سلما
صحته كان ان ثابت به ان استقراضه باذن الامام جايز وليس هذا محل النزاع كما تقدم فلم يثبت
بعد جواز اقتراض الملتقط الغني فلو سلما ضعف حديث ابي هريرة في الصدقة بناء على تضعيف الصحيح
كنا نا جواز التصدق بالاجماع ثم هو يثبت ان للملتقط الغني فاحكم الحر وتحريم طلبه في اثباته بالدليل
ولم يتم له عليه دليل فيثبت على الاستغناء **كتاب اللقطة** كل من الاباق واللقيط واللقطة
تحقق فيه عرضة الزوال والتلف الا ان التعرض له بفعل فاعل مختار في الاباق فكان الانسب لتعقيب
الجهاد به بخلاف اللقطة واللقيط وكذا الاولياء فيه وفي اللقطة الترجمة بالباب لا بالكتاب والاباق في
اللغة الهرب ابق يابق كضرب يضرب والهرب لا يتحقق الا بالقصد فلا حاجة الى ما قيل هو الهرب
قصدا ثم لو قيل الاضافة ونحو على المالك وكان قيد القصد مفيد والضال ليس فيه قصد التغيب
بل هو المنقطع عن مولاه لجهله بالطريق اليه **قوله** الابق اخذه افضل من تركه في حق من يتوهى عليه
اي يقدر على حفظه حتى يصل الى مولاه بخلاف من يعلم من نفسه العجز عن ذلك والضعف ولا يعلم في هذا خلاف
ويمكن ان يجري فيه التفصيل في اللقطة بين ان يغلب على ظنه تلفه على المولى ان لم ياخذه مع قدرة تامة
عليه فيجب اخذه والا فلا واختلف في اخذ الضال قيل اخذه افضل لما فيه من احياء النفوس والتعاون
على البر وقيل يتركه لانه لا يبرح مكانه منتظرا لمولاه حتى يجده ولا يخفى ان انتظاره في مكان غير منتشر خرج
عنه ليس بواقع بل يجد الضال يدورون متحيرين ثم لا شك في ان محل هذا الكلام اذا لم يعلم واجد الضال

مولاه

مولاه ولا مكانه اما اذا علمه فلا ينبغي ان يختلف في افضلية اخذه ورده **قوله** ثم اخذ الابق ياتي به
السلطان او القاضي فيحبسه منفقا له عن الاباق لانه لا يستطيع حفظه عن اباقه من الاخذ الا بذلك عادة
بخلاف اللقطة اما لو فرض قدرته على ذلك لاحتاج الى السلطان وبهذا الاعتبار خيره الحلواني بين ان يأتي
به الى السلطان او يحفظه بنفسه وعلى هذا الضال والضالة من الابل وغيرها واذا حبس الامام الابق فجاء
رجل وادعاه واقام بينة انه عبده يستحلفه بالله انه باق الى الان في ملكه ثم خرج بيع والاهية
فاذا حلف دفعه اليه وهذا الاحتمال انه عرض بعد علم الشهود بثبوت ملكه على وجه زواله لسبب
لا يحلونه وانما يستحلفه مع عدم خصم يدعي لصيانة قضاياه عن الخطا ونظر المرء هو عاجز عن النظر لنفسه
من مستراد موهوب له ثم اذا دفعه اليه عن بينة فتي او لوية اخذ الكفيل وتركه روايتان وكذا دفعه
بالبينة يدفعه باقرار العبد انه له ويأخذه من المدفوع اليه هنا كفيلا رواية واحدة ويتفق عليه
مدة حبسه من بيت المال ثم ياخذه من صاحبه فيرده في بيت المال بخلاف اللقيط لا يوخذ منه
اذا كبر سال بيت المال لانه كان مستحقا له بفقره وعجزه عن الكسب بخلاف مالك العبد واذا لم يجئ للعبد
طالب وطالت مدته باعه القاضي واحبس ثمنه بعد اخذ ما انفق لبيت المال منه فاذا جاء مالكه واقام
بينة وهو قائم في يد المشتري لا ياخذه ولا ينقض بيع القاضي لانه كحكمه بخلاف الضال اذا طالت مدته
فانه يواجر ويتفق عليه من اجرته لانه لا يحتمي اباقه فلا يبيعه اما الابق فيخشى ذلك منه فلذلك
يبيعه ولا يواجر وينبغي ان يقدر الطول بثلاثة ايام كما تقدم في الضالة الملتقطة لان دار الغربة
مشاكلة ولا نظر في ذلك للمالك بحسب الظاهر **قوله** ومن رد الابق على مولاه من مسيرة ثلاثة
ايام فصاعدا فله عليه جعله اربعون درهما فضة بوزن سبعة مثاقيل وان رده لاقل من مسيرة سفر
فبحسابه وهذا استحسان والقياس ان لا يكون له شيء الا بالشرط بان يقول من رد علي عبدي فله كذا كما
اذا رد بهيمة ضالة او عبدا اما لا وجه القياس اذ الراد تبرع بمنافعه في رده ولو تبرع بعين من اعيان
ماله لا يستوجب شيئا فكذا هذا وقولنا قول مالك واحمد في رواية قال المصنف في وجه الاستحسان
وان اجماع الصحابة على اصل الجعل الا ان منهم من اوجب الاربعين ومنهم من اوجب ما دونها وذلك انه اذا
ظهر التفاوت بينهم من عبر واحد من حيث لا يخفى فلم ينكر احد وذلك ان محمدا رحمه الله روى عن ابي يوسف
عن ابي حنيفة عن سعيد ابن المرزبان عن ابي عمرو الشيباني قال كنت قاعدا عند عبد الله ابن مسعود فجاء رجل
فقال ان فلانا قدم باباق من الغيل فقال لقوم لقد اصاب اجرا قال عبد الله وجعلا ان يتامن كل
راس اربعين ورواه ابو يوسف هذا الحديث عن سعيد نفسه ايضا وروى عبد الرزاق في مصنفه
قال اخبرنا سفيان الثوري عن ابن ابي رباح عبد الله بن رباح عن ابي عمرو الشيباني قال اصبت اباقا
غلمانا بالغين فذكرت ذلك لابن مسعود فقال الاجر والغنيمة قلت هذا الاجر فما الغنيمة قال اربعون
درهما من كل راس ورواه ابن ابي شيبة حدثنا محمد ابن يزيد عن ابوب عن ابي العلاء عن قتادة وابي هاشم
عن عمر رضي الله عنه فقضى في جعل الابق اربعين درهما وروي ايضا عن وكيع حدثنا سفيان عن ابي اسحق
قال اخطت الجعل في زمن معاوية اربعين درهما وروي ايضا يزيد بن هارون عن حجاج عن عمرو
بن شعيب عن سعيد ابن المسيب ان عمر جعل في جعل الابق دينارا او اثني عشر درهما وروي ايضا عن يزيد
ابن هارون عن حجاج عن حصين عن الشعبي عن الحارث عن علي انه جعل في جعل الابق دينارا او اثني
عشر درهما واخرج هو وعبد الرزاق عن عمرو بن دينار ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في العبد الابق
يوجد في خارج الحرم بدينار او عشرة دراهم وهذا حديث مرفوع مرسل والمفهوم من خارج الحرم
في المتاد والغرب لا قدر مسيرة سفر عنه وعن هذا روي عن عمر ان اخذه في المصر فله
عشرة وان اخذه خارج المصر فله اربعون لعله اعتبر الحرم كالمكان الواحد وقول المصنف
الا ان منهم من اوجب اربعين ومنهم من اوجب دونها يريد به المروي عن عمر وعلي وقد علمت الرواية عن عمر ايضا

ان الجعل اربعون وسنده احسن من الاخرى والرواية عن علي مضعفه بالحارث المذكور فكانت رواية
ابن مسعود اقوى الكل فرجحناها وكذا قال البيهقي في سننه هو اصل باب الباب وانما يوخذ بالاقل
اذا شاء ربه لا الاكبر في القوة وقيل انما يوخذ به اذا لم يمكن التوفيق بين الاقاويل وهنا يمكن اذ المحمل روايات
الاربعين على ما ورده من مسيرة السفر وروايات الاقل على ما دونها ويحمل قول عامة خارج المصر على مدة
السفر والتلفيق اهم لقوة الثوب الغته اذا ضمت شقته اليه استه وكان نصب المقادير لا يعرف الا سماعا
فكان للوقوف على الصحابة حكم المرفوع واصحها حديث ابن مسعود فهو بعد كونه مثبتا للزيادة وزيادة
العدل مقبولة راجح وما حتى ما في هذا وان اجاب اصل الجعل حامل على الرد اذ الحسبة وهو رده احتسابا
عند الله تعالى مع ما فيه من زيادة التعب والنصب نادر فسنرع للمصلحة الراجعة على العباد من صيانة
اموالهم عليهم وتقدير الجعل انما يدري بالسمع ولا سمع في الضال فامتنع الحاقه به قياسا ولانه ايضا لان الحاجة
الى صيانة الضال في رده وهو نهاية رد الابق لما في رده من زيادة التحفظ في حفظه والاحتياط في مراعاته فلا يابق
ثانيا مما ليس في رد الضال منه شيء ولو كان الابق لرجلين فصاعدا فالجعل على قدر النصيب فلو كان البعض
غائبا فليس للحاضر ان ياخذ حتى يعطي تمام الجعل ولا يكون متبرعا بنصيب الغائب فيرجع عليه لانه مضطر
فيما يعطيه لانه لا يصل الى نصيبه الا به هذا كله اذا رده بلا استعانة فلو ان رجلا قال لآخر ان عبدي قد ابق فاذا
وجدته فخذه فوجده فرده فليس له شيء لان مالكه استعان به وعده الاعانة والمعين لا يستحق شيئا وقوله
وما دونه فما دونه اي واحيانا دون الاربعين فما دون السفر وذلك انا لما عرفنا ايجاب الجعل بكل من تقبل
عنه فوجد اردوذلك هو الواجب فاذا حملنا بعضه على ما دون السفر كان ذلك حكما بالايجاب فيما دون
السفر لانه ما ذكر ذلك الا ليجب انه واجب قوله ويقدر الرفيع في الرد عما دون السفر بما طلعهما الى المالك
والراد او ينوفى الى راي القاضي يقدر على حسب ما يراه قالوا هذا هو الاشبه بالاعتبار وقال بعض
المشايخ تقسم الاربعون على الايام الثلاثة لكل يوم ثلاثة عشر وثلث قوله وان كانت قيمته اقل من
اربعين يقضي له بقيمته الا درهما قال المصنف وهذا قول محمد وهو قول ابي يوسف الاول قال ابو يوسف
اخرا له اربعون وان كانت قيمته درهما واحدا ولم يذكر قول ابي حنيفة في عامة كتب الفقه وذكر في
شرح الطحاوي مع محمد وجه ابي يوسف ان النقدين ثبتا بالنص اي قول ابن مسعود وعمر وجبا بنا عليها
والمراد بالنص اجماع الصحابة بناء على عدم مخالفة من سواهما لوجوب حمل قول من ينقص منهما على ما ينقص السفر
فلا ينتقص عنا ولمحمد ان المقصود من ايجاب الجعل حمل الغير على الرد ليحيي مال المالك فينقص منه درهم
ليس له شيء تحقيقا للغاية اي غاية ايجاب الجعل وتعيين الدرهم لان ما دونه كسور وام الولد والمدبر
في هذا المنزلة الفن اذا كان الرد في حياة المولى ما فيه من احياء ملكه وبه يجيء مالية له اما باعتبار الرقبة كما في المدبر
او باعتبار الكسب كما في ام الولد عند من لا مالية فيها عنده لكنه احق باكسابها ولو رده بعد مماته الجعل له فيها
لانها يعتقان بالموت فيتبع رد حر او مملوك على ما لكه وهذا في ام الولد ظاهر وكذا المدبر ان كان فخرج من الثلث
لانه يعتق حينئذ بالموت اتفاقا وان لم يخرج من الثلث فكذلك عندهما وعند ابي حنيفة يصير كالمكاتب لانه يسعى
في قيمته ليعتق وما حصل في يد المكاتب لان المولى لا يستفيد برده ملكا بل استفاد بدل الكتابة فكان كرد
غريم له وبرد غريمه لا يستحق شيئا بخلاف التن قوله ولو كان الراد اب ابنه وهو في عياله او احد الزوجين
على الآخر فلا جعل له وقيد بالعيال لانه ان رجع الراد او الولي الابن اقتضى ان يتقيد في الجعل اذا كان الراد ابنا
بكونه في عيال المالك اي في نفقته وتربيته وهو غير صحيح لان الابن لا يستوجب جعلا سواء كان في عيال ابيه
المالك اولا وحيلة الحال ان الراد اذا كان ولد المالك لو احد الزوجين على الآخر او الوصي لا يستحق جعلا مطلقا
اما الولد فلان الراد كالبايع من المالك من وجه وباعتبار وجب وكالاجير من وجه لانه من باب الخدمة والاب
اذا استاجر ابنه لخدمته لا يستحق عليه اجرة لان خدمته واجبة على الاب فوجب من وجه وانتفى من وجه
فلا يجب بالشك وهذا يفيد عدم الوجوب وان لم يكن في عياله فاذا كان في عياله فبطريق الاولى واما

احد الزوجين فان كان زوجة فالقياس ان يجب وفي الاستحسان لا يجب لان العادة ان يطلب الزوج عبد امراته
متبرعا في العرف لانه ينتفع به والثابت عرفا كالثابت نصا وان كان زوجه فلا يجب لهذا وان الزوجية
لخدمته يمنع استحقاقه لانها لا تستحق بدل الخدمة على الزوج كالولد ولذا لو استاجرته لخدمته وجب لها شيء
واما الوصي فانه لا يستحق لجعل بود عبد اليتيم لانه من تحفظ وشان الوصي ان يحفظ ماله وان كان غير من الاب
وابي الاقارب فان كان في عياله لا يجب لهم وان لم يكونوا في عياله وجب لهم لان العادة والعرف
ان الانسان انما يطلب الابق ممن هو في عياله فكان التبرع منهم ثابتا عرفا وهو كالثابت نصا كما لو لم يكونوا
في عياله لان التبرع حينئذ لم يوجد نصا ولا عرفا قوله وان ابق من الذي رده فلا شيء عليه اي لا ضمان
على الراد وفي بعض نسخ الهداية دري لا شيء له اي لا جعل للراد وكل منهما صحيح وكذا اذا مات عنده الا ان في الجعل يصح
باشتراط الاجل كالثمن والراد كالبايع للمالك لانه بايعه كما لها لك من حيث فوات جميع الانتفاعات به وبالرد كانه
استفاد من جهته فصار كالبايع ولذا كان له حبسه لاستيفاء الجعل والبايع اذا هلك في يد المشتري او ابق وهو بعد سقط
الثمن فكذا يسقط الجعل وانتفى الضمان فيشترط له ان يكون اشهد على قول ابي حنيفة صار امانة عنده كما في اللقطة
وقال ابو يوسف لا ضمان عليه اشهد او لم يشهد اذا قال اخذته لارده والقول قوله في ذلك مع يمينه اذا علم انه
كان ابقا فلو انكر المولى اباقه فالقول له لان سبب الضمان وهو اخذ مال الغير بغير اذنه ظهر من الراد ثم ادعى
ما يسقطه وهو اذن الشارع باباقه والمالك منكر وكذا لا يجب الجعل اذا جاء به وانكر المولى اباقه الا ان يشهد
يشهد انه ابق من سواه او يشهد على اقرار المولى باباقه قوله ولو اعتقه المولى كان له ايراده قبل
قبضه يصير بالاعتاق قابضا فيجب الجعل كما في العبد المشتري اذا اعتقه قبل القبض يصير به قابضا فيجب
الثمن وكذا اذا باعه المولى من الراد اي قبل قبضه يصير به قابضا بسلامة بدله وهو الثمن له فان قبل الرد
حكم البيع من المالك فيبيع المالك من الراد قبل قبضه بيع ما لم يقبض وهو لا يجوز اجاب بقوله لكنه بيع من وجه
دون كل وجه فلا يدخل تحت النهي المطلق عن بيع ما لم يقبض فجاز وورد ان الشبهة ملحقة بالحقيقة في الحرمات
اما ب بان هذه شبهة الشبهة ولا عبرة بها وهذا لانه لو شرط رضي المالك كان الثابت الشبهة لانه
ملكه حقيقة فمع عدم الرضى الثابت شبهة الشبهة قوله وينبغي اذا اخذ ان يشهد انه ياخذه ليرده
قال المصنف فالاشهاد حتم فيه اي في اخذ الابق عليه ابي على الاخذ على قول ابي حنيفة ومحمد وتفسير بعضهم حتم بانه
واجب تساهل ولا يلزم بتركه استحقاق العقاب وتقطع بانه اذا اخذه بقصد الرد الى المالك واتفق
انه لم يشهد لا اثم عليه وانما الاشهاد شرط عنده اما على قول ابي يوسف لا استحقاق للجعل ولسقوط الضمان
ان مات عنده او ابق بان ترك الاشهاد اماره انه اخذه لنفسه فصار كما لو اشتراه او اتهبه
منه فرده على مولاه لا جعل له لانه رده لنفسه فانه بالشراء او الاتهاب قاصد التملك ظاهرا فيكون
غاصبا في حق سبب فرده لاسقاط الضمان عن نفسه وهذا معنى قوله رد لنفسه وكذا لو اوصى له به او ورثه
في كل ذلك فيكون قابضا لنفسه وكذا لو اوصى به او ورثه في كل ذلك يكون قابضا لنفسه فيضمنه فاذا
رده لا جعل له لانه لنفسه لانه يسقط الضمان عن نفسه الا ان يشهد عند الشراء من الاخذ انه انما اشتراه ليرده
على مالكه لانه بالشهادة يتقيد رده بالشراء فيجعل كانه الجعل كما يرجع على السيد بثمن ما اشتراه
به كما لو اتفق عليه بغير اذن القاضي قوله وان كان الابق رهنا فالجعل على المرتهن لان بالرد حييت ماليته
وماليته حق المرتهن لان الاستيفاء منها والجعل على من حييت له المالية الا ترى ان بابقه يسقط دين المرتهن
لا بالموت وبالعود عاد الدين وتعلق حقه بالرهن استيفاء من ماليته كما لو مات ابن الشاة المرهونة فدر بلبها
فان الدين يعود به والرد في حياة الراهن وموته سواء لان الرهن لا يبطل بالموت وهذا ليكون الجعل
على المرتهن اذا كان قيمة العبد مثل الدين او اقل فان كانت اكثر من الدين قسم الجعل على الراهن والمرتهن فما اصاب
الدين على المرتهن دفع الى المرتهن وما اصاب الراهن مثل الدين ثلاثمائة وقيمة الرهن اربعمائة يكون على المرتهن ثلاثون وعلى الراهن
عشرة وصار الجعل كثمن رد الرهن وتخليصه من الجناية بالفداء ان كان الدين اكثر من قيمته اقتسما عليها كذلك

قوله وان كان مديونا اي كان العبد الآبق مديونا بان كان ماذونا فلحقه دين التجارة دين او اتلف مالا
الغير واعترف به المولى فالجعل على من يستقر الملك له لانه مؤنة الملك والملك في العبد بعد ما شرته بسبب
الدين كالموقوف ان اختار المولى قضاء دينه كانا فالجعل عليه لانا الملك استقر له وان اختار بيعه في الدين كان الجعل
في الثمن بيانه قبل الدين لما قلنا انه مؤنة الملك والباقي للغرماء فظهر ان قول المصنف فيجب في الجعل على من
يستقر له الملك تجوز فانه يجب على المشهور وكانه جعل ملك ثمنه بمنزلة ملكه وان كان ابق العبد جانيا اي يجني
خطأ فالمولى بالخيار ان شاء دفعه مولاه ولم يفده حتى ابق مرة من مسيرة ثلاثة ايام فهو على القياس يكون الجعل على من سيصير له ان
لقنا المولى فداه فهو عليه لعود منفعته اليه فانا خانا الدفع الى اولياء الجناية فعليهم لعود منفعة اليهم ولو كان
قتل عمدا فابق ثم رد فالجعل على احدهما المولى فلانه ان قتل لم يحصل له بالرد منفعة وان عفى عنه فانما حصلت بالعفو
واما على العقاس فان قتل فالحاصل له التشفي بالمالية وان عفى فظاهر وان كان موهوبا فان ابق بعد ما وهب له
ثم رد فالجعل على الموهوب له سواء رجع الواهب في هبته بعد الرد او لا اما اذا لم يرجع فظاهر واما ان رجع بعد
المجيء فلانه وان حصلت له المالية لكن لم تحصل بالرد بل بترك الموهوب له التصرف في العبد بعد رده فما يمنع
رجوعه من بيعه وهبته وغير ذلك واورد عليه انه حصل بالمجموع من ذلك ومن الرد اجيب بان الترك اخر جزء
العلة والما يضاف الحكم اما الجواب بانه اذا اثبت بالكل لا يكون بالرد وحده فلا يدفع الوارد على المصنف بل يشتركه وان
كان الابق لصبي فالجعل في ماله لما تقدم انه مؤنة ملكه وان رده وصيه فلا جعل له وقد قدمناه في القسم وكذا اليتيم
يعوله رجل وزعم انه ان كان يتبرع له بنوته من مال نفسه فكيف لا يتبرع له بالعود ونحوه مع ان الوفق فيه التبرع وفي
الخانية للحاكم ابنت امة ولها ولد رضيع فرده رجل له جعل واحد فان كان ابنا قارب الحكم فله ثمانون لان من لم ير الحق
لم يعتبر ابنا وفي الذخيرة والمحيط لو اخذ ابقا فغصبه منه اخر وجاء به لمولاه واخذ جعله ثم جاء اخر واقام بينة
انه اخذه باخذ الجعل منه ثانيا ويرجع السيد على الغاصب بما دفع اليه ولو جاء بالابق من مسيرة سفر فلما دخل البلد
ابق من الاخذ فوجده اخر فرده على سيده ان جاء به من مدة السفر فالجعل له وان وجده لاقل فجاء به لاجعل
لواحد منهما وفي المبسوط لا جعل للسلطان او الشحنة اذا اخذه في رد الابق والمال من قطاع الطريق لوجوب
الفعل عليهم والاداء ان نيال لاخذهم العطاء على ذلك ونصبهم له **كتاب المفقود** هو الغايب
الذي لا يدرى حياته ولا موته **قوله** اذا غاب الرجل ولم يعرف له موضع ولا يعلم احي هو ام ميت نصب
القاضي من يحفظ ماله وينوب عليه اي على ماله وليس في حقوقه لان القاضي نصب ناظرا لكل عاجز عن النظر
لنفسه والمفقود عاجز عنه فصار كالصبي والمجنون على القاضي ان ينصل في امرهم ما ذكرنا لما ذكرنا وقوله
اي قول الغدوري ليس في حقوقه يريد انه ينفض غلاته والدين الذي اقر به غريم وتخاصم في دين وجب
بعقد اي بعقد الذي نصبه القاضي لانه اصيل في حقوق عقده وتخاصم في الدين الذي تولاه المفقود
وفي نصيب له في عقار او عروض في يد رجل وفي حق من الحقوق اذا جحد من هو عنده او عليه لانه ليس
بمالك ولا نايب عنه انما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي وهذا بملك المخصومة بلا خلاف انما الخلاف في الوكيل
بقبض الدين من جهة المالك عند ابي حنيفة يملك الخصومة فيه وعندهما لا يملك واذا كان كذلك يعني
اذا كان وكيل القاضي يملك الخصومة فلو قضا القاضي بخصومته كان قضاء على الغايب والاوجه ان يقول
للغايب والقضاء عليه فيما لو ادعى انسان على المفقود دينا او وديعة او شركة في عقار او رقيق او راى عيب
او مطالبة باستحقاق لا تسمع الدعوى ولا البينة لانها انما يسمعان على خصم وهنا الوكيل ليس بخصم والورثة
انما يصيرون خصما بعد موت المورث ولم يظهر موته بعد فيكون قضاء على الغايب وهذا لا يجوز الا اذا راه
القاضي ايد اي القاضي المصلحة في الحكم للغايب وعليه فحكم فانه ينفذ لانه مجتهد فيه فان قيل ينبغي ان لا ينفذ
حتى يعضده قاض اخر لان مثل القضا مجتهد فيه كما لو كان القاضي محدودا في قذف فان قضاه موقوف على ان
يعضده قاض اخر اجيب بمنع انه من ذلك بل المجتهد سببه وهو هنا البينة هل تكون حجة للقضاء من غير خصم حاضر
ام لا فاذا قضى بها نفذ كما لو قضا بشهادة المحدود في قذف وفي الخلاصة المفتى على هذا لو كان لغايب

الفساد وكالثمار ونحوها بيعه القاضي لانه تعذر عليه حفظ صورته ومعناه فينظر للغايب بحفظ معناه
ولا يبيع ما لا يخاف فساده منقولا كان او عقارا في نفقة ولا غيرها لان القاضي لا ولاية له على الغايب الا في الحفظ
وفي البيع ترك حفظ الصورة بلا مجيء فلا يجوز فان لم يكن له مال الا عروض او عقار او خادم واحتاج ولده او زوجته
الى النفقة لا يباع بخلاف الوصي فانه يبيع العروض على الوارث الكبير الغايب كان ولايته فيما يرجع الى حق الموصي
ويبيع العروض فيه معنى حفظه وربما يكون حفظ الثمن للاتصال الى وارثه البيع وهنا لا ولاية للقاضي على المفقود
الا في الحفظ وفي المبسوط وقال ابو حنيفة ان كان له اب محتاج فله ان يبيع شيئا من عروضه وينفقه عليه وليس له
بيع العقار وهو استحسان وفي القياس ليس له بيع العروض وهو قولهما وذكر الكرخي ان محمدا ذكر قول ابي حنيفة
في الامالي وقال هو حسن وجه الاستحسان ان الاب وان زالت ولايته بقي اثرها حتى صح استيلاده جاريته
مع ان الحاجة الى ذلك ليس من اصول الحوائج واذا ثبت بقاء اثر ولايته كان كالوصي يبيع حق الوارث الكبير وللوصي
بيع العروض دون العقار وينفق على زوجته واولاده من ماله يعني الحاصل في بيته والواصل من ثمن ما يباع
اليه الفساد ومن مال مودع عند مفقود دين على مفقود قال المصنف وليس هذا منصوصا على الاولاد **قلت**
وهو على اطلاقه فيهم لان قرابة الولاد يعني من الاب والجد وان علا والاصل ان كل من يستحق النفقة في ماله
حال حضرته بغير قضاء القاضي ينفق عليه من ماله عند غيبته لان لهم ان يأخذوا حاجتهم بيدهم من ماله اذا كان
جنس حقهم من النقد والثياب للبس فكانوا عطى القاضي ان كان المال عنده او تمكينهم ان كان عندهم اعانة لا قضاء
على الغايب فانهم كانوا ماذونين شرعا ان يأخذوا لانفسهم وكل من لا يستحق بغير حضرته الا بالقضاء لا ينفق
عليه من ماله فمن الاول اعني المستحقين بلا قضاء الاولاد الصغار والاناث الكبار اذا لم يكن لهم مال وكذا الاب
والجد والزمني من الذكور الكبار فكل من له مال لا يستحق النفقة عليه في ماله حال حضوره فضلا عن غيبته
الا الزوجة فانها تستحق وان كانت غنية لان استحقاقها بالعقد والاحتباس واستحقاق غيرها
بالحاجة وهي بالمعنى ومن الثاني يعني من لا يستحق الا بالقضاء الاخ والاخت والخال والخالة ونحوهم من قرابة غير الولاد
وقول ابي قول القدوري من ماله يعني الدراهم والدنانير لان حقهم في المطعوم والملبوس فاذا لم يكن في ماله عين
المطعوم والملبوس يحتاج الى القضاء بالقيمة وهي النقدان والمتبر اي غير المضروب كذلك لانه يصلح قيمة
كالمضروب وهذا اذا كان الدراهم والدنانير والبر في يد القاضي فان كانت وديعة او دينا ينفق عليهم
من ان كان المودع مقرا بالوديعة والنكاح والنسب والدين كذلك مقرا بالدين والنكاح والنسب
وهذا معنى اشتراط اقرارها بالنكاح والنسب اذا لم يكونا ظاهرين عند القاضي فان كانا ظاهرين معروفين
له فلا يحتاج الى اقرارها بهما ولو كان الظاهر عنده احدهما الوديعة والدين او النكاح والنسب جعل
كل شيء واحد ايشترط اقرار من في جهته لما لا يأخذ الذي ليس ظاهرا فيقبل في الاول عند القاضي بان هذه
زوجته وهذا ولده وفي الثاني بان له عندي وديعة او علي دينه وقوله هذا هو الصحيح احتراز عن جواب
القياس الذي قال به زفر لان هذا الخلاف الروايتين قال لا ينفق من الوديعة شيء عليهم لان اقرار المودع
بذلك ليس بحجة على الغايب وهو ليس خصما عن الغايب ولا يقضى على الغايب بالخصم ومثل هذا في الدين ايضا
قلنا المودع مقر بان ما في يده ملك الغايب وان للولد والزوجة حق الانفاق منه واقرار الانسان فيما في
يده معتبر فينتصب هو خصما باعتبار ما في يده ثم يتعدى الى ما ليس في يده من المفقود ومثل هذا القياس ليس في
الوديعة والدين خاصة بل في جميع اموال المفقود وقد قيل انما في جوابه نعم القياس ما ذكرت لكنا
استحسنا ذلك بحديث هند امراة ابي سفيان وقد اجملناه قال فيه خذي من ماله ما يكفيك ويكفي بنيك
بالمعروف اذ هو يفيد مطلقا جواز الانفاق من مال الغايب لمن يجب له النفقة من الزوجة والولد ثم اذا
ثبت في الزوجة والولد على خلاف القياس لا يحق به قرابة غير الولاد بالقياس وثبوت نفقة الاب
بالدلالة لان حقه فيما اكد من حق الولد فان الولد لا يستحق بمجرد الحاجة بل اذا كان عاجزا عن الكسب والاب
يستحق بمجرد ما ذا وان كان يقدر على الكسب **قوله** ولو دفع المودع بنفسه او من عليه الدين بغير امر القاضي

يضمن المودع ولا يبرأ المديون لانه ما ادى لمن هو صاحب الحق ولا لمن هو نائبه بخلاف ما اذا دفع باسر القاضي لان القاضي
نائب عنه فكان له ان يأسر هو بالقبض وليس القاضي نائبا في الحفظ فقط بل فيه وفي قبضنا ما عليه من الحقوق
ايضا ما لا يحتاج فيه الى بينة عنده ولهذا جاز له ان يودع ما عليه من دين اذا علم بوجوبه بخلاف المودع فانه
المأمور بالحفظ فقط فيضمن اذا اعطاهم بلا امره فان قيل ينبغي ان لا يضمن المودع اذا دفعها اليهم لانه لو رد الوديعة
الى من دفع عينها لهم المودع يبرئ اجيب بان ذلك اذا دفعها اليهم للحفظ عليه لا للاداء والاحسن ان يأخذ القاضي منهم كفيلا
احتمال انه طلقها قبل ذهابه او حجل لها النفقة لان لو لم يأخذ جاز لانه لا يوجب اخذ الكفيل الا الحكم وليس هنا حكم
طالب هذا فلو كان المودع والمديون حاضرين اصلا اي حاضرين لكل من الوديعة والدين والنسب والزوجية
او حاضرين النسب والزوجية ممتنعين من الوديعة والدين وليس ظاهرين عند القاضي لم ينتصب احدهم
مستحق النفقة الزوجة او الاب او الابن خصما في اثبات الدين او النسب او الوديعة باقامة
البينة على شيء من ذلك لان المودع والمديون ليسا خصما في ثبوت الزوجية والقضاء لا يتأدى عليه للغائب
سببا متعينا لثبوت حقه الذي هو النفقة لانها كانت في هذا المال تجب في مال آخر للمفقود وستعرف
تفصيل هذا انشاء الله تعالى في ادب القاضي **قوله** ولا يفرق بينه وبين امرأته وقال مالك اذا مضى اربع سنين
يفرق القاضي بينه وبينها وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج من شاءت لان عمر هكذا قضى في الذي استهوته
الجن بالمدينة ولانه منع حقا بالغيبة واذا كان عن غير قصد منه فيفرق بينهما القاضي بعد مضي هذا المدة
بالايلاء والعنة فانه يفرق بينهما فيهما بعد مدة كذلك وهذا معنى منه في الايلاء انه لا يوجب الفرقة بمجرد مضي
المدة بل بتفريق القاضي بعدها وبعد هذا الاعتبار اخذ في المدة الاربع من الايلاء والسنين من العنة بجامع دفع
الضرر عما بالشبهين وحديث الذي اخذته الجن رواه ابن ابي شيبة حدثنا سفيان بن عيينة عن عمر
وعن يحيى بن جعدة ان رجلا انتسفته الجن على عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه فاتت امراته عمر فامرها
ان تتربص اربع سنين ثم امر وليه بعد اربع سنين ان يطلقها ثم امرها ان تعتد فاذا انقضت عدتها تزوجت
ان جاء زوجها خير من امراته والصداق واخرج عبد الرزاق عن سفيان الثوري عن يونس بن خباب عن مجاهد
عن العقيد الذي فقد قال دخلت الشعب فامتهوتني الجن فمكثت اربع سنين ثم اتت امراتي عمر الحديث
بمعنى الاول واخرجه عبد الرزاق من طريق وفيه فقال له عمر لما جاء ان شئت رددناك اليك امراتك
وان شئت زوجناك غيرها قال بل زوجني غيرها ثم جعل عمر يسأله عن الجن وهو يخبره ورواه الدار
قطني وفيه ثم امرها ان تعتد اربعة اشهر وعشرا وروى مالك في الموطا ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه
قال ايما امراة فقدت زوجها فلم تدر اين هو فانها تنتظر اربع سنين ثم تعتد اربعة اشهر وعشرا
ثم تحل واسند ابن ابي شيبة عن سعيد بن المسيب ان عمر وعثمان قالا في امراة المفقود تتربص اربع سنين
ثم تعتد اربعة اشهر وعشرا واسند ابن ابي شيبة عن جابر بن زيد نذاكر ابن عمر وابن العباس المفقود فقالا
تتربص اربع سنين ثم يطلقها ويتزوجها ثم تتربص اربعة اشهر وعشرا قال المصنف ولا قول لاحد مع قوله صلى الله عليه وسلم في امراة
المفقود انها امراته حتى يأتيها البيان اخرجه الدار قطني في سننه عن سوار بن مصعب حدثنا محمد بن شرحبيل
الهمداني عن المغيرة بن شعبة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم امراة المفقود امراته حتى يأتيها البيان وفي بعض
نسخه حتى يأتيها الخبر وهو مضعف محمد بن شرحبيل قال ابن ابي حاتم عن ابيه انه يروي عن المغيرة مناكير اباطيل
وقال ابن القطان وسوار بن مصعب اشهر في المتروكين منه ثم عارض المصنف بقول علي قول عمر وهو ما رواه عبد الرزاق
لغيرنا محمد ابن عبد الله العزرمي عن الحكم بن عتيبة ان عليا رضي الله عنه قال في امراة المفقود هي امراة ابتليت
فلتصبر حتى يأتيها موت او طلاق انا نا معمر عن ليث عن الحكم ان عليا مثله وقال اخبرنا ابن جريج
قال بلغني ان ابن مسعود وافق عليا على انه تتربص ابدا واخرج ابن ابي شيبة عن ليث وطلحة وجابر بن يزيد
والشعبي والنخعي كلهم قالوا ليس لها ان تتزوج حتى تستبين موته وقوله وان النكاح اخره الحاصل ان المسئلة
مختلفة بين الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين وقد ذهب علي رضي الله عنه الى ان امراته حتى يأتيها

البيان

البيان والشان في الترجيح والحديث الضعيف يصلح مرجحا لا مثبتا بالاصالة وما ذكر من موافقة ابن مسعود
مرجح اخر ثم شرع المصنف في مرجح اخر فقال لان النكاح عرف ثبوته والغيبة لا توجب الفرقة والمون في
حبس الاحتمال فلا يزال النكاح بالشك وذكر ان عمر رضي الله عنه رجع الى قول علي وذكر ابن ابي ليلى قال ثلاث
قضيات رجع فيها قول عمر الى قول علي امراة المفقود وامراة ابي كنف والمراة التي تزوجت في عدتها وقولنا
في الثلاثة قول علي رضي الله عنه فامراة المفقود عرفت واما امراة ابي كنف فكان ابو كنف طلقها ثم راجعها
ولم يعلم حتى غاب ثم قدم فوجدها قد تزوجت فاتى عمر فقص عليه القصة فقال له ان لم يكن دخل بها فانت احق
بها وان كان دخل بها فليس لك عليها سبيل فاعدم وقد وضعت القصة على راسها فقال لهم اني لا ارى حاجة تحملوا
بيني وبينها فوقع عليها وبانت عنه ثم عند الثالثة الامر بكتاب عمر فقرؤوا انه جاء باسر بين وهذا معنى عدم
ثبوت الرجعة في حقها اذا لم يعلم حتى اذا اعتدت وتزوجت ودخل بها الثاني لم يبق للاول عليها سبيل لرفع الضرر
عنها ثم رجع الى قول علي ان مراجعته اياها صحيحة وهي منكوحته دخل بها الثاني او لا واما المراة التي تزوجت في عدتها
فالمراة بنى الى انها زوجها فتعتد وتتزوج وكان مذهبه فيها اذا اتى زوجها حيا مخيره بين ان ترد عليه وبين
المهر وقد صح رجوعه الى قول علي وهو ان يفرق بينها وبين الثاني وان المهر عليه مما استحل من فرجها وترد الى
الاول ولا يسير بها حتى تنقضي عدتها من ذلك قال ولا معتبر بالايلاء لانه كان طلاقا معجلا في الجاهلية فاعتبر في
الشرع موجلا وهذا على رايهما ان الوقوع به عند انقضاء المدة بالايلاء يتوقف على تفريق القاضي قال
وكذا بالعنة لان الغيبة في الغالب تعتبرها الرجعة والعنة قل ما تخلو بعد استمرارها سنة فكان عود
المفقود ارجى من زوال العنة بعد مضي السنة فلا يلزم ان يشرع فيه ما شرع فيها **قوله** واذا
تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولدها حكما بموته قال المصنف وهذه رواية الحسن عن ابي حنيفة
وفي ظاهر المذهب يقدر موت الاقران وفي المدى من اني يوسف بمائة سنة وقدر بعضهم بتسعين
والاقيس ان لا يقدر بشيء والارفق ان يقدر بتسعين وجه رواية الحسن ان الاعمار في زماننا قل ما تزيد
على مائة وعشرين بل الاكثر منهم ذلك فيقدر بها تقديرا بالاكثر واما ما قيل ان هذا يرجع الى قول
اهل الطبايع فانهم يقولون لا يجوز ان يعيش احد اكثر من ذلك وقولهم باطل بالمنصوص كنوح وغيره فلا
ينبغي ان يذكر توجيها لمذهب من مذاهب الفقهاء وفيهم من اعرف بما دلت عليه النصوص والتواريخ فلا عبرة
الشاذة للبشر بل لا يحل لاحد ان يحكم على امة المسلمين انهم اعتمدوا في قول لم على امرهم يعترفون
ببطلانه ويرجعون عدم اعتبار في شيء من الاشياء ووجه ظاهر الرواية انه من النوادر ان يعيش
الانسان بعد مرور اقرانه فلا يبنى الحكم عليه ثم اختلفوا فذهب بعض المشايخ الى ان المعتبر موت اقرانه
من جميع البلاد واهدرون ذلك المعتبر موت اقرانه في بلده فان الاعمار قد تختلف طولا وقصرا بحسب
الاقطار بحسب اجرايه تعالى العادة ولذا قالوا الصقالبة اطول اعمارا من الروم فانما يعتبر باقرانه
في بلده وكان في ذلك حرج كبير اذ في تعرف مرتهم من البلد ان بخلافه من بلده فانا فيه نوع حرج محتمل
واما المروي عن ابي يوسف فذكر عنه وجه يشبه ان يكون على سبيل المدافعة منه لم قيل انه سيل عنه فقال
ابينه لكم بطريق محسوس فان المولود اذا كان ابن عشرين يدور حول ابويه هكذا وعند عشرا فاذا كان
ابن عشرين صفر بين الصبا والشباب هكذا وعند عشرين فاذا كان ابن ثلاثين يستوي هكذا وعند
ثلاثين فاذا كان ابن اربعين يميل عليه الاشغال هكذا وعند اربعين فاذا كان ابن خمسين ينحني من كثرة الاشغال
والاشغال هكذا وعند خمسين فاذا كان ابن ستين ينقبض للشيخوخية هكذا وعند ستين فاذا كان ابن ستين
يشيخ كما على هكذا وعند سبعين فاذا كان ابن ثمانين لم يستمكن هكذا وعند ثمانين فاذا كان ابن تسعين ينضم
اعضاؤه في بطنه هكذا وعند تسعين فاذا كان ابن مائة يتحول من الدنيا كما قال العبسي كما يتحول الحساب من
اليمنى الى اليسرى ولا شك ان بمثل هذا يثبت الحكم وانما المعول عليه احوال عمار امن الروم فانما يعتبر باقرانه
والغالب فيمن طال عمره ان لا يجاوز المائة فقوله في المبسوط وكان محمد بن سلمة ينتي سوال ليث بن سعد حتى بين له خطاؤه

في نفسه فانه ابن مائة وسبع سنين ليس موجبا لخلافه لانه مبني على الغالب عنده وكونه هو خارج عن الغالب لا يكون مخطئا فيما اعطى من الحكم وكذا ذكر الامام سراج الدين في فرائضه عن نصير ابن يحيى الكاهاية سنة لا فالحياة بعدها نادر وكاد عبد بالنادر وروي انه عاش مائة سنة وتسع سنين واكثر ولم يرجع عن قوله واختار الشيخ الامام ابو بكر محمد ابن حامد انها تسعون سنة لانه الغالب في اعمار اهل زماننا وهكذا لا يبعد ان يقال ان الغالب في الاعمار الطوال في اهل زماننا ان لا يزيد على ذلك فهم المشاهدون الذين اختبروا وتسعين نبوه على الغالب من الاعمار والحاصل ان الاختلاف ما جاء الا من اختلاف الرأي في ان الغالب هذا في الطول او مطلقا فلذا قال شمس الائمة الاليق بطريق الفقه ان لا يقدر بشيء لان نصب المقادير بالرأي لا يكون وهذا هو قول المصنف الاقيس الى آخره ولكن نقول اذا لم يبق احد من اقرانه يحكم بموته اعتبارا بالحالة الحال تظاهره وهذا رجوع الى ظاهر الرواية قال المصنف والارفق اي للناس ان يقدر بتسعين وارفق منه التقدير بتسعين وعند الاعمش سبعون لقوله صلى الله عليه وسلم اعمار امتي ما بين الستين الى السبعين فكان المنتهى غالبا وقال بعضهم يفوض الى رأي القاضي فاي وقت رأى المصلحة حكم بموته واعتدت امرأته عدة الوفاة من وقت الحكم بالوفاة كانه مات فيه معاينة اذ الحكي معتبر بالحقيقي **قوله** ومن مات منهم اي ممن يرث المفقود قبل ذلك اي قبل ان يحكم بموت المفقود لم يرث من المفقود بناء على الحكم بموته قبل موت المفقود فتجدد منا سخة فترث ورثته من المفقود لانه لم يحكم بموت المفقود بعد وحينئذ هذا كان المفقود محكوما بحياته كما اذا كانت حياته معلومة ولا يرث المفقود احد امات في حال فقده لان بقاءه حيا في ذلك الوقت يعني وقت موت ذلك الاخر باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة في الاستحقاق بل يدفع للاستحقاق عليه ولذا جعلناه حيا في حق نفسه فلا يورث ماله في حال فقده ميتا في حق غيره فلا يرث هو غيره ولذلك لو اوصى له ومات الموصي في حال فقده قال محمد لا اقضي به ولا ابطلها حتى يظهر حال المفقود يعني يوقف نصيب المفقود الموصى له به الى ان يتبين موته فاذا تبين به جعل كانه مات الان وفي استحقاقه حال غيره كانه مات حين فقد وهذا معنى قولنا المفقود ميت في مال غيره **قوله** ثم الاصل انه اذا مات من حيث يرثه المفقود ان كان مع المفقود وارث لا يحجب بالمفقود محجب حرمان ولكنه ينتقص حقه به يوقف ذلك الوارث اقل نصيبه ويوقف الباقي حتى يظهر حياة المفقود او موته او يقضي بموته وان كان معه وارث لا يحجبه به لا يعطى لذلك الوارث شيء لما بيانه رجل مات عن ابنتين وابن ميت مفقود وابن ابن وابنة ابن والمال المورث في يد اجنبي وتفاوتوا الى الاجنبي والورثة على فقد الابن وطلبت البنتان الميراث يعطيان النصف لانه متيقن به لان اخاهما المفقود ان كان حيا فلهما النصف وان كان ميتا فلهما الثلثان فالنصف متيقن فيعطيانه ويوقف النصف الآخر في يد الاجنبي الذي هو في يده ولا يعطى ولد الابن شيئا لانهم محجوبون بالمفقود لو كان حيا ولا يستحق الميراث بالشك ولا ينتزع من يد الاجنبي الا اذا ظهرت حياته بان كان الدار للميت عنده حال حياته فاقامت البنتان البينة عليه فتقضي بها لان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فانه حينئذ يوخذ الفضل الباقي منه ويوضع على يد عدل الظهور حياته ولو اقاموا البينة على فقد الابن بل قال الاجنبي الذي في يده المال مات المفقود قبل ابنه فانه يجبر على دفعه الثلثين للبنتين لان اقراره معتبر فيما في يده وقد اقر ان ثلثيه للبنتين فيجبر على دفعه لهما ولا يمنع اقراره قول ورثة الابن انا ورثنا ابانا وعلمنا مفقود لانهم بهذا القول لا يدعون لانفسهم شيئا ويوقف الثلث الباقي في يده ولو كان المال في يد البنتين وانتقوا على العقد او حول المال من موضعه ولا يوخر شيء للمفقود ويقضى للبنتين بالنصف ميراثا ويوقف النصف في يد يهما على حكم ملك الميت فان ظهر المفقود حيا دفع اليه وان ظهر ميتا اعطي البنتان سدس كل المال من ذلك النصف والثلث الباقي لولد الابن للذكر مثل حظ الانثيين ولو مات البنتان مات لغرنا وليس لمفقود وقال ولد الابن بل مفقود والمال في أيديهما اعطيتا الثلثين ويوقف الثلث لانهما في هذه يدعيان الثلثين والمال في ايديهما فان ظهر حياته اخذ منهما السدس له ولو كان المال في يد ولد المفقود وانتقوا انه مفقود ويعطى البنتان النصف لانهما انما ادعياه بالاقرار بفقده

ويوقف

ويوقف النصف الآخر في يد من كان في يده ولو ادعى ولد المفقود ان اباه مات لم يدفع اليه ما لم يقم البينة على موته قبل ابيه او بعده فان قامت على موته قبله يعطى لهم الثلث والثلثان للبنتين لان الميت على هذا مات عن بنتين وابن وان قامت عليه بعده يعطى لهم النصف لانه مات عن بنت وابن ثم مات الابن عمن ولد قال المصنف ونظيره اي في وقت الميراث عند الشك في النصيب الحمل فانه يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى واعتزى به عما روي عن ابي حنيفة انه يوقف له ميراث اربع بنين لما قال شريك رأيت بالكوفة لابي اسماعيل اربع بنين في بطن واحد وعما عن محمد ميراث ثلاث بنين وفي اخرى نصيب بنين وهو رواية عن ابي يوسف وعن ابي يوسف نصيب بن واحد وعليه الفتوى ولو كان مع الحمل وارث آخر لا يسقط بحال ولا بتغيير بالحمل يعطى كل نصيبه المتيقن به على كل حال ولذا اذا ترك ابنا واسراة حاملا يعطى المراة الثمن وان كان مما يسقط بالحمل لا يعطى شيئا وان كان ممن يتغير يعطى الاقل المتيقن به مثاله ترك اسراة حاملا وهو ممن تعطى السدس انه لا تتغير لها ولو ترك حاملا واخا وعما لا يعطى شيئا لان الاخ يسقط بالابن وجايز ان يكون الحمل ابنا فكان بين ان يسقط وان لا يسقط فكان اصل الاستحقاق مشكوكا فيه فلا يعطى شيئا ولو ترك حاملا واما او زوجة فانه ان الام السدس والزوجة الثمن لانه لو كان ميتا اخذت الام الثلث او حيا اخذت السدس والزوجة الثمن لانه لو كان ميتا اخذت الربع والموفق للصواب

كتاب الشركة

هو بالكسر الرائج المعروف اورد الشركة عقيب المفقود لتناسبهما بوجهين كون مال احدهما امانة في يد الآخر كان مال المفقود امانة في يد الحاضر وكون الاشتراك قد تحقق في مال المفقود كما لو مات مورثه وله وارث آخر والمفقود حي وهذه مناسبة خاصة بينهما والاول عامة فيها وفي الابق واللقيط واللقطة على اعتبار وجود ما مع اللقيط وانما قدم المفقود عليها واوله الابق لشمول عرضية الهلاك كلا من نفس المفقود والابق وكان بعضهم تخيل ان عرضية الهلاك للمالك فقال لان المال على عرضية الفوات وحاصل محاسن الشركة ترجع الى الاستعانة في تحصيل المال والشركة لغة خلط النصيبين بحيث لا يتميز احدهما وما قيل انه اختلاط النصيبين تساهل فان الشركة اسم المصدر والمصدر الشركة مصدر شركت الرجل اشركه شركا فظهر انها فعل الانسان وفعله الخلط واما الاختلاط فصفة تثنية المال من فعلها ليس له اسم من المادة ولا يظن ان اسمه الاشتراك لان الاشتراك فعلها ايضا مصدر اشتركا الرجلان افتعال من الشركة وبعد يقال المال بحر فرفع فيقال اشتركا في المال اي حققا الخلط فيه فالمال مشترك فيه اي تعلق به اشتراكهما اي خلطهما وركنها في شركة العين اختلاطهما وفي شركة العقد اللفظ المعين له هذا وقيل الشركة في العقد نفسه لانه سبب الخلط فاذا قيل بشركة العقد بالاضافة فمعناه اضافة بيانية **قوله** الشركة جايزة الى آخره قيل بشرعيتها بالكتاب والسنة والمعقول اما الكتاب فقوله تعالى فهم شركاء في الثلث وهذا خاص بشركة العين دون المقصود الاصلي الذي هو شركة العقد وقوله تعالى ان كثيرا من الخلطاء اي من المشتركين لا ينفي جواز كل منهما مع انه حكاية قول داود عليه السلام اخبار للخصمين عن شريعته اذ هو اك فلا يلزم استمراره في شريعتنا واما السنة فما في ابي داود وبن ماجة والحاكم عن السايب ابن ابي السايب انه قال للنبي صلى الله عليه وسلم كنت شريكي في الجاهلية فكنت خير شريك لا تداري ولا تماري وروى احمد بن حنبل من حديث عبد الله بن عثمان بن خثيم عن مجاهد عن السايب ان النبي صلى الله عليه وسلم شاركه قبل الاسلام في التجارة فلما كان يوم الفتح جاء فقال صلى الله عليه وسلم مرحبا باخي وشريكي كان لا يداري ولا يماري يا سايب قد كنت تعمل اعمالا في الجاهلية لا تقبل منك وهي اليوم تقبل منك وكان ذا سلف وصدقة واسم السايب صيفي ابن عايذ ابن عبد الله ابن عمر ابن مخزوم وقول السهيلي فيه انه كثير الاضطراب فمنهم من يرويه عن ابي السايب ومنهم من يرويه عن قيس بن السايب ومنهم عبد الله ابن السايب وهذا اضطراب لا يثبت به شيء ولا تقوم به حجة انما يقع اذا اراد المحتج به تعيين الشريك من كان اما عرضنا وهو ثبوت مشاركته صلى الله عليه وسلم فثابت على كل حال قال ابراهيم الحربي في كتابه غريب الحديث يداري مهموز في الحديث اي يدافع ثم يراد به الشايخ هذا ما يفيد ان الشركة كانت على عهد الجاهلية وهو جزء الدليل اعني انه بعث وهم يتشاركون

فقوم ومعنى الجزء الشائع ما في ابي داود ومستدرك الحاكم عن ابي هريرة عنه صلى الله عليه وسلم قال يقول الله تعالى انا ثالث الشريكين
مالم يخن احدهما صاحبه فاذا خانا خرجت من بينهما زاد رزين وجاء الشيطان وضعفه ابن القطان بجهالة والد
ابي حيان وهو سعيد فان الرواية اعني ابي حيان عن ابيه وهو سعيد بن حيان ورواه غيره عن ابي حيان مرسلا
ورواه الدارقطني بدل الله على الشريكين مالم يخن احدهما صاحبه فاذا خان احدهما صاحبه رفع عنهما وظاهر ان كون
الشركة مشروعة اظهر ثبوتا مما به تثبت من هذا الحديث ونحوه التوارث والتعامل بها من لدن النبي صلى الله عليه وسلم
وهل جر استصلا يحتاج فيه الى اثبات حديث بعينه فلهذا لم يزد المصنف على او عامة سيره صلى الله عليه وسلم
عليها **قوله** الشركة ضربان شركة املاك وشركة عقود فشركة الاملاك العين يرثها الرجلان او يشتريانها وظاهر
هذا الحمل من العقود وفيه قصر فذكر المصنف انها لا تنحصر على ما ذكر بل يثبت فيما اذا انتهبا عينا او ملكاها بالاستيلا
بان استولى على مال حربي يملك ماله بالاستيلا او اختلط مالهما من غير صنع من احدهما بان انتقل كيسا هما المتجاوران
فاختلط ما فيهما او اختلط خلطها خلطا يمنع التمييز كالحنطة بالحنطة او يتعسر كالحنطة بالشعير ولو قال العين
يملكانها كان شاملا لاان بعضهم ذكر من شركة الاملاك الشركة في الدين فقيل مجاز لان الدين وصف شرعي لا يملك
وقد يقال كل يملك شرعا ولذا جاز هبته ممن عليه وقد يقال ان الهبة مجاز عن الاسقاط ولذا لم تخذ من عوض من عليه
والحق ما ذكر وامن ملكه ولذا ملك ما عنه من العين على الاشتراك حتى اذا دفع من عليه الى احدهما شيئا كان للاخر
الرجوع عليه بنصف ما اخذ وليس له ان يقول هذا الذي اخذته حصتي وما بقي على المديون حصتك والحج من
المديون ايضا ان يعطيه شيئا على انه قضاه واخر الاخر فقالوا الحيلة في الاختصاص الاخذ مما اخذ دون
شريكه ان يكلفه من عليه مقدار حصته ويبرئه هو من حصته وحكم هذه الشركة انه لا يجوز له ان يتصرف
في نصيب شريكه الا باذنه لان كلا منهما في نصيب الاخر كالاجنبي عن الشركة لعدم تضمنها وكالة وانه يجوز ان يبيع
نصيبه من الشريك في جميع الصور واما من غير الشريك فيجوز بغير اذنه في جميع الصور الا في صورة الخلط
والاختلاط فانه لا يجوز بيع احدهما نصيبه من غير الشريك الا باذن الشريك قال المصنف وقد بينا الفرق
في كفاية المنتهي وحقيقة الفرق ما اشار اليه في الفوائد الظهيرية وهو ان الشركة اذا كانت بينهما
من الابتداء بان اشتريا حنطة او ورثاها كانت كل حبة مشتركة بينهما فبيع كل منهما نصيبه شائعا جائز
من الشريك والاجنبي بخلاف ما اذا كانت بالخلط او الاختلاط لان كل حبة مملوكة بجميع اجزائها لاحدهما ليس
للاخر فيها شركة فاذا باع نصيبه من غير الشريك لا يقدر على تسليمه الا مخلوطا بنصيب الشريك
فيتوقف على اذنه بخلاف بيعه من الشريك للقدرة على التسليم والتسلم واما ذكر شيخ الاسلام من ان
خلط الجنس بالجنس تعديا سبب لزوال الملك عن المخلوط ماله في الخالط فاذا حصل بغير تعد يكون سبب
الزوال ثابتا من وجه دون وجه فاعتبر نصيب كل واحد زايلا في الشريك في حق الاخر من الاجنبي
غير زايل في حق البيع من الشريك فقد منع ثبوت الزوال من وجه فان تمام السبب فيه هو التعدي
فقد عدمه لا يثبت من وجه والا لكانت جميع المسببات ثابتة من وجه قبل اسبابها وايضا فالزوال
في الخالط عينا الى كل منهما فلا يترتب عليه اعتبار نصيب كل منهما زايلا الى الشريك الاخر عند البيع من الاجنبي
بل المترتب عليه اعتباره زايلا الى الشريك الخالط عينا فلا يلزم اعتبار نصيب كل منهما زايلا الى الشريك الاخر
عند البيع من الاجنبي بل المترتب عليه اعتباره ايلا الى الشريك الخالط عينا فلا يلزم اعتبار نصيب كل
منهما زايلا الى الشريك في البيع من الاجنبي بل اعتبار نصيب غير الخالط فقط اذا باع من الاجنبي واما قلنا ان
تمام السبب التعدي لان الخلط لا يظهر اثره في ذلك وانما يتبين به اي تعدد هو السبب في زوال الملك في هذا
المال فيقال التعدي في خلطه **قوله** والضرب الثاني شركة العقود وذكر الايجاب والقبول ثم فسرهما
المصنف بقوله وهو ان يقول احدهما شاركتك في كذا ويقول الاخر قبلت اي في كذا من المال وفي كذا من التجارات
البزازية او الصيانة في العنان او في كل ما لي في مالك وهما مسلمان وفي جميع التجارات وكل كفيل عن الاخر
في المناوضة ونحو ذلك بناء على عدم اشتراط لفظ المناوضة كما سيأتي وليس اللفظ المذكور بلازم بل المعنى والهذا

لو مزج الخالط رجل وقال اخرتك واشتركنا من ربح فهو بيننا وقبل الاخر واحدهما وفعل انعقدت
الشركة ويندب الاشهاد عليها وذكر محمد رحمه الله كيفية كما يترخ فقال هذا ما اشترك عليه فلان وفلان
اشتركا على تقوى الله تعالى واداء الامانة ثم بين قدر راس مال كل منهما ويقول وذلك كله في ايديهما يشتريان
به ويبيعان جميعا وشيئ ويعمل كل منهما برايه ويبيع بالنقد والنسيئة وهداوات ملكه على اطلاقه تنعقد
الشركة الا ان بعض العلماء يقول لا يملكه واحد منهما الا بالتصريح به فللتحرز عنه يكتب هذا ثم يقول فان كان مزج
فهو بينهما على قدر رؤس اموالهما وما كان من وضيعة او تبعة فكذلك والاصلان اشتراط الوضيعة على
قدر راس المال باطل واشتراط الربح متفاوتا عندنا صحيح فيما سيذكر فان كانا شرطا التفاوت فيه كتبنا كذلك
ويقول استركا على ذلك في يوم كذا في شهر كذا واما يكتب التاريخ كيلا يدعي احدهما لنفسه حقا فيما اشتراه
الاخر قبل هذا التاريخ **قوله** وشرطه ان يكون التصرف المعقود عليه عند الشركة منصوبا على المصدر نحو
المعقود عليه كل صور عقد الشركة تتضمن الوكالة وتختص المفاوضة بالكفالة وانما شرط ذلك ليكون ما يستفاد
بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه اي حكم عقد الشركة المطلوب منه وهو الاشتراك في الربح اذ لو لم يكن
كل منهما وكيلا عن صاحبه في النصف واصيلا في الاخر لا يكون المستفاد مشتركا لاختصاص المشتري بالمشتري
واحترز به عن الاشتراك في التكدي والاحتطاب والاحتشاش والاصطياد فان الملك في كل ذلك يختص بمن باشر
السبب **قوله** ثم هي اي شركة العقود على اربعة اوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنايع وشركة الوجوه
قيل في وجه الحصر ان العقد اما ان يذكر فيه مال او لا وفي الذكر اما ان يشترط المساواة في المال وزمنه وتصرف
ونفعه وضرره او لا فان شرط ذلك فهو المفاوضة والا فهو العنان وفي عدم ذكر المال اما ان يشترطا
العمل في مال الغير او لا فالاول الصنايع والثاني الوجوه وقيل عليه انه يقتضي ان شركة الصنايع والوجوه لا يكونان
مفاوضة ولا عنانا وليس كذلك كما سنذكره فيما يأتي فوجه التقسيم ما ذكره الشيخان ابو جعفر الطحاوي
وابو الحسن الكرخي حيث قالا الشركة على ثلاثة اوجه شركة بالاموال وشركة بالاعمال وشركة بالوجوه وكل
منها على وجهين مفاوضة وعنان وسيأتي البيان ان شاء الله تعالى **قوله** فاما شركة المفاوضة فهي ان يشترك
الرجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما ويكون كل منهما كفيلا عن الاخر في كل ما يلزمه من غصب
ما يشتريه كما انه وكيل عنه لانها شركة عامة يفوض كل منهما الى صاحبه على العموم في التجارات والتصرفات
لان المفوضة الشركة والمفاوضة المساواة فلزم مطلق المساواة فيما يمكن الاشتراك فيه فعم التساوي
في ذلك ولا يخفى ان قول المصنف اذهر من المساواة تساهل لانها مادة اخرى فليكن تحقق الاشتقاق
من التفويض الذي منه فاما من الملء اذا عم وانتشر وانما اراد ان معناها المساواة واستشهد بقول الاقوه
الاودي

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ... ولا سراة اذا جهالهم سادوا

وقيل بعده

اذا تولى سراة الناس امرهم ... نمى على ذاك امر القوم وازدادوا

وقبل بعده

تهدي الامور باهل الراي ما صلحت ... فان تولت فبالجهال تنقاد

ومعنى البيت اذا كان الناس متساويين لا كبير لهم والسيد يرجعون اليه بل كان كل واحد مستقلا بقصد مراده
كان تحققت المنازعة كما في قوله تعالى لو كان فيهما الهة الا الله لفسدتا والسراة جمع سري وهو السيد
وجعله صاحب المفصل اسم جمع له كركب في راكب والسدي فعيل جمع على فعله بالتحريك واصله سروة فتحركت
الواو وانفتح ما قبلها فقلبت الفا فصار سراة واصل سري سريو وسبقت احدهما بالسكون فقلبت الواو
ياء ثم ادغمت في الياء وسيأتي وجه المساواة ولا بد من تحقيق المساواة ابتداء عند عقد الشركة وانتهاء بها
اي في مدة البقاء لان عقد الشركة عقد غير لازم فان لكل منها ان يفسخه اذا شاء فكان للبقاء به حكم الابتداء
فلا يمنع ابتداء العقد من التفاوت في المال يمنع بقاءه حتى لو كان المال سواء يوم العقد ثم ازداد
قيمة احدهما قبل الشراء فسدت المفاوضة وصارت عنانا بخلاف ما لو زاد بعد الشراء لان
الشركة انتقلت الى المشتري فانما تغير بسبب راس المال بعد خروجه عن الشركة فيه ولو اشتريا بجميع

مال احدهما فضل مال الآخر في القياس تفسد المفاوضة وفي الاستحسان لا تفسد لان الشراء المالين جميعا قل ما يبقى فيلزم باشتراطه حرج ولان المساواة قائمة معنى لان الآخر لما ملك نصف المشتري صار نصف الثمن مستحقا عليه لصاحبه ونصف ماله المستحق به لصاحبه غير انه لا يشترط اتحادهما صفة فلو كان لاحدهما دراهم سود وللآخر مثلها بيض وقيمتهما متساوية صحت المفاوضة بخلاف ما لو زادت ولذا لو كان لاحدهما الف وللآخر مائة دينا وقيمتها الف صحت فان زادت صارت عنانا ولذا لو ورث احدهما دراهم او اتهبها تنقلب عنانا ثم المراد بالمال الذي يلزم فيه التساوي ما نفع به الشركة من الدراهم والدنانير والفلوس في فلوس رواج وذا العروض ولو كان لاحدهما وديعة تعدم صح المفاوضة ولو كان له دين محت لم يجز ان يقبضه فاذا قبضه فسدت وصارت عنانا ولذا يعتبر التساوي في الصرف فانه لو ملك احدهما مصرفا لم يملكه الآخر فات التساوي وكذا في الدين لما بين عن قريب **قوله** وهذه الشركة جائزة في قول اصحابنا رحمه الله استحسانا والقياس ان لا يجوز وهو قول ان في رحمه الله وقال مالك رحمه الله لا اعرف ما المفاوضة ولا يلزمنا ان نقف به كما قيل اذا لم يعرفها فليس حكم بفساد كما كان العالم لا يتول مثل ذلك كما انه عن الحكم بالفساد والمعنى لا وجود للمفاوضة على الوجه الذي ذكرتموه في الشرع وملا وجود له شرعا لا صحة له وقد حكى عن اصحاب مالك ان المفاوضة تجوز وهي ان يفوض كل واحد الى الآخر التصرف في غيبته وحضوره وتكون يده كيده غير ان لا يشترط التساوي في المالين وممن روى عنه التوكل بالمفاوضة الشعبي وابن سيرين ذكر الشيخ ابو بكر الرازي وجه قولهما وهو وجه القياس انها تضمنت الوكالة بشراء مجهول الجنس والوكالة لمجهول وكل بانفراده فاسد لو قال وكلتك بشراء ثوب او عبد لم يجز حتى يبين نوعه وصفته ولو وكل لمن سيد نيه بما يلزمه لا يصح خاصة عهما يزيد رضا وان قيل الوكالة العامة جائزة كما لو قال لآخر وكلتك في مالي اصنع فيه ما شئت حتى يجوز له ان يفعل فيه ما شاء **قلت** العموم غير مراد فانه لا يثبت وكالة كما في شراطعام اهل الآخر وكسوتهم فاذا لم يكن عاما كان توكيلا بمجهول الجنس وجه الاستحسان امران احدهما ما روي عنه صلى الله عليه وسلم انه قال فاوضوا فانه اعظم للبركة اي عقد المفاوضة اعظم للبركة وقوله صلى الله عليه وسلم اذا فاوضتم فاحسنوا المفاوضة وهذا الحديث في كتب الحديث اصلا وان لم يعلم به ولا يثبت به حجة على الحكم وانا احتج بن ماجة في التجارات عن صالح بن صهيب عن ابيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاث فيهن البركة البيع الى اجل والمفاوضة واختلاط البر بالشعير للبيت لا للبيع وفي بعض نسخ بن ماجة المفاوضة بدل المقارضة ورواه ابرهيم الحربي في كتاب غريب الحديث وضبطه المعارضة بالعين والضاد وفسرها ببيع عرض بعرض من مثله والآخر ما ذكر من ان الناس تعاملوا بها من غير نكير وجه تبرك القياس لان التعامل كالاجماع ولو منع ظهور التعامل بها على الشروط التي ذكرتم من المساواة في جميع ما يملكه كل من الشريكين دليل على شرط التفويض العام كما عن مالك امكن ان يجاب عن القياس فقال الجهالة متحملة لانها انما تثبت تبعا والغرض قد يصح تبعا ولا يصح مقصودا كما في المضاربة فانها تتضمن الوكالة بشراء مجهول الجنس وكذا شركة العنان فلا يتم الالزام والنظم الكلامي وهو قوله والجهالة متحملة تبعا للجواب عن الزام الكفالة بمجهول وفصل الجواب فيها في المبسوط فقال واما الجهالة فعينها لا تبطل الكفالة ولكن تمكن المنازعة بسببها وهو منعدم هنا لان كل واحد انما يصير ضامنا عن صاحبه ما لزمه بتجارته وعند اللزوم (المضمون له والمضمون به معلوم وكان المصنف انما لم يعرج عليه لانه لو صح صحت الكفالة لمجهول لا يتدارك ان عند اللزوم لا بد ان يتعين المكفول له فالتبني بمنزلة الالزام بما ذكرنا من ان الشيء قد يصح تبعا لا قصدا ولا يلزم من عدم صحة الكفالة كذلك قصدا عدم صحتها ضمنا وعلى هذا يمكن اثبات صحتها شرعا اخذا من هذا الجواب هكذا تصرف نافع لا مانع فيه في الشرع فوجب صحته والمانع وهو الوكالة بمجهول والكفالة لمجهول يمنع اذا ثبت قصدا لا يلزم من منع الشيء اذا ثبت قصدا منعه اذا ثبت ضمنا فان قيل فمن اين اشتراط المساواة في المال قلنا هذا امر يرجع الى مجرد الاصطلاح وذلك ان الشركة بصورة يكون الشريكان متساويين في المالين على وجه التفويض على العموم جائز لا مانع كما في صورة عدم تساويهما فقلنا ان عند على الوجه الاول سميناه شركة مفاوضة والا سميناها عنانا غيرانا اكتفينا بلفظ المفاوضة في ثبوت الشرط المذكور لجعلنا اياه علما على تمام المساواة

في امر الشركة فاذا ذكرناها تثبت احكامها اقامة اللفظ مقام المعنى بخلاف ما اذا لم يذكرها لعدم تحقق رضاهما بها الا ان يذكرا تمام معناها بان يقول احدهما وهما حران مالغان مسلمان او ذميان شاركتك في جميع ما املك من نقد وغير ما تملك على وجه التفويض العام من كل ما للآخر في التجارات والنقد والنسيئة وعلى ان كلا منا ضامن عن صاحبه ما لزمه من امر كل بيع وهذا قول المصنف ويتعقد بلفظ المفاوضة لبعد شرايطها عن فهم العوام حيث لو بينا عن جميع ما تقتضيه يجوز لان المعتبر هو المعنى واللفظ وسيلة الى افهامه ولو عقد بلفظ المفاوضة وبعض شرايطها منتف انعقدت عنانا اذا لم يكن المنتفي من شروط العنان ويكون تعبيرا بالمفاوضة عن العنان **قوله** وان كان احدهما كتابيا والآخر مجوسيا ان فيه للوصل وقوله لما قلنا اي يتحقق التساوي اذ الكفر كله ملة واحدة **قوله** ولا تجوز بين الحر والمملوك ولا بين الصبي والبالغ لتعذر المساواة لان احد البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحد منهما الا باذن المولى والصبي لا يملك الكفالة اصلا ولو اذن له الولي ولا يملك التصرف الا باذنه **قوله** ولا بين الكافر والمسلم وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يجوز للتساوي بينهما في صحة الوكالة والكفالة وكون احدهما وهو الكافر على زيادة تصرف لا يملكه الآخر كالعقد على الخمر ونحوه لا معتبر به بعد تساويهما في اصل التصرف مباشرة ووكالة وكفالة وصار كالمفاوضة بين الشافعي والحنفي فانها جائزة ويتفاوتان في العقد على متروك التسمية لانه يكره اي عقد الشركة بين المسلم والكافر لان الذمي لا يهتدي الى الكاسب من العقود ولا يحترز من الربوا فيكون سببا لوقوع المسلم في اكل الحرام وقوله الا انه يكره استثنا من قوله قال ابو يوسف يجوز بنا على استعمال الجواز بمعنى ان الاباحة يعني استوا النظر فيه وهو ما يعاقب عليه وفيه نظر لان قضية الاستثنا ان ينتفي الحكم مما بعد الا فيلزم قد اخرج الكراهة التي تتضمنها الجواز عنه فلا يثبت فانما هو استدراك لكن الجواز فان مطلقه ينصرف الى غير المكروه فاستدرك منه الكراهة اي لكنه مكروه وبعض اهل الدرس قالوا يريد الاستثنا المنقطع لما رأوه يعمل لكن وهو غلط لان المستثنى في المتصل والمنقطع محزوم من حكم الصدر فالحمار لم يحي في قولك جاوا الا حمارا يقتضي اخراج الكراهة عن ثبوت الجواز فلا تثبت الكراهة ولهذا انه لا تساوي في السوق فان الذمي لو اشترى بمراس ماله خمورا وخنازير يربح ولو اشتراها المسلم لا يربح لكن بقي قول ابي يوسف لا مفاوضة بين الحنفي وان شافعي مع التفاوت فيما يملكان لم يجب عنه وكذا بين الكتابي والمجوسي فان المجوسي يتصرف في الموقوذة لانه يعتقد ما لا يتموله دون الكتابي وكذا الكتابي يواجر نفسه للذبح دون المجوسي واجيب بان بعضهم من جعل الموقوذة مالا متقوما في حقهم فلا فصل بين المجوسي والكتابي فيتحقق المساواة في التصرف واما سواجر نفسه للذبح فكل منهما من اهل ان يتقبل لكن العمل على ان يعمل بنفسه او نايبه واجارة المجوسي نفسه للذبح جايز للتسوية بالاجر وان كان لا يحل له بعينه واما الحنفي والشافعي فالمساواة ثابتة لان الدليل على كونه ليس بمال معتقدهما قايم وولاية الالزام بالمحاجة ثابتة بالمحاماة والاعتقاد فلا يجوز التصرف فيه للشافعي الحنفي واما المسلم المرتد فلا تجوز الشركة بينهما في قولهم هكذا ذكره الكرخي وذكر في الاصل بنا على قول ابي يوسف انه يجوز عنده **قوله** ولا بين الصبيين ولا اذن وليهما لانها لبسا من اهل الكفالة ولا بين العبدين والمكاتبين **قوله** وفي كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرط الى اخره وذلك كما لو عقد بالغ وصبي او حر وعبد او مكاتب او شرط عدم الكفالة تقصيرا عنا وان عما التصرف والمال وتنا وبافيه لان عقد شركة العنان قد يكون عاما كما يكون خاصا بخلاف المفاوضة لا تكون الا عامة **قوله** وتنعقد اي المفاوضة على الوكالة والكفالة وان لم يصرح بها فان ذلك موجب اللفظ فيثبت بذكره اي وكالة كل منهما عن الآخر في نصف ما يشتريه وكفالة كل منهما الآخر اما انعقادها على الوكالة فليتحقق غرض الشركة وقوله على ما بينا يريد قوله ليكون ما يستفاد به على الشركة فيتحقق الاشتراك في الربح واما الكفالة فلتحقق المساواة التي هي مقتضى المفاوضة فيما هو من موجبات التجارة وهو توجه المطالبة نحوهما بسبب ما هو من افعالها وما يشبه ما هو تجارة ما يشتريه كل واحد منهما يكون على الشركة

الاطعام اهله وكسوتهم فتختص به ومع ذلك يكون الاخر كنائبه عنه حتى كان لبايع الطعام والكسوة له ولعياله واداءهم
ان يطالب الاخر ويرجع الاخر عما ادى على الشريك المشتري بخلاف ما لو اشترى احدهما جارية للوطء باذن شريكه
فانه يختص بها على ما سيأتي في اخر الشركة ان شاء الله تعالى وانما اختص بذلك ولم يقع على الشركة استحسانا
بالعرف وان الحاجة الداعية معلوم وقوعها اي المستمر من قولهم رتب الشيء اذا دام ومنه امر ترتيب اي دوام
بفتح التاء الثانية وضمها ولا يكون اجانب نفقة عياله على صاحبه فكان مستثنى ضرورة والقياس وقوعه على الشركة
لما بينا من ان مقتضى العقد المساواة ثم كفالة كل الاخر انما هي بما هو من ضمان التجارة او ما يشبهه ضمان التجارة
فيكون صاحبه بالخيار ان شاء اخذ المشتري منه دينه وان شاء اخذ به شريكه وضمان التجارة كثمن
المشتري في البيع الجائز وقيمته في الفاسد واجرة ما استأجره سواء استأجره لنفسه او لحاجة التجارة وما
يشبه ضمان التجارة ضمان غصب او استهلاك عند ابي حنيفة او وديعة اذا جحدها او استهلكها وكذا العارية
لا تمر والضمان في هذه المواضع يفيد له تملك الاصل فتصير في معنى التجارة ولو تحق احدهما ضمان لا يشبه
ضمان التجارة لا يؤخذ به كأروش الجنايات والمهر والنفقة وبدل الخلع والصلح عن القصاص وعن هذا ليس له ان يحلف
الشريك على العلم اذا انكر الشريك الجاني خلافا لما روي عن احدهما بيع خادم فانكر فللمدعي ان يحلف المدعى
عليه على البتات وشريكه على العلم لان كل واحد لو اقر بما ادعاه المدعي يلزمهما خلافا لما روي ان احلف
لا يلزم الآخر خلافا لابن ابي ليلى في الاستحلاف وصورة الخلع ما لو تعددت امراة شركة مفاوضة مع رجل وامراة
ثم خالعت زوجها على مال لا يلزم شريكها وكذا لو اقرت ببدل الخلع او التزمه احد الشريكين وهو اجنبي
قوله ولو كفل احدهما مال عن اجنبي لزم صاحبه عند ابي حنيفة رحمه الله وقال لا يلزم صاحبه لانه اي
الكفيل متبرع ولهذا لا تنفع الكفالة من الصبي والعبد المأذون والمكاتب ولهذا ايضا لو صدر اي عقد الكفالة
من المريض مرض الموت صح من الثلث وصار كالاقراض اذا اقترض احدهما من مال التجارة لان لا يلزم الشريك
وانما اقتصر على حد وعند الكفالة في المرض لان المريض لو اقر بكفالة سابقة على المرض لزمت
في كل المال بالاجماع لان الاقرار كالاتي حال بيانها وهي في حال البقاء معاوضة على ما سنذكره في الاسرار
وكون الاقراض لا يلزم الشريك ولو اخذ به سنفته هو قول محمد وظاهر الرواية عن ابي حنيفة وقال
بعضهم وقال ابو يوسف لا يجوز ونسبه في الايضاح تفكها في الزيادات وغيرها هكذا قال يضمن يعني القرض لشريكه
نوى المال او لم ينو وقياس قول ابي يوسف يضمن القرض حصة شريكه قال وهذا فرع اختلافهم في ضمان الكفالة
فعند ابي يوسف ضمان الكفالة ضمان تبرع فلا يلزم الشريك فكذا القرض وعند ابي حنيفة ضمان الكفالة
يلزم الشريك والكفيل في حكم المقرض ولابي حنيفة انه عقد الكفالة عقد تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء لهذا
يشترط العوض لانه اي الكفيل المدلول عليه بالكفالة يستوجب للضمان على المكفول عنه بما يؤديه عنه
اذا كفل بامره فيلزم شريكه بعد ما لزم عليه فيما ينظر الى البقاء تتضمنه المفاوضة وبالنظر الى الابتداء
لم يصح ممن ذكر والوجه ان يقول ممن ذكرناه يعني الصبي والعبد المأذون والمكاتب ولا يبعد ان يكون بينا
للمعقول بالاضبر وانه سنط من قلم الكاتب ما يشبه الماء وهذا لان الكفالة في الابتداء تبرع فلا تتضمنها
معاوضة لان التمام بناء على الابتداء وقد بينا ان الكفالة تلاقي الذمة والذمة في المأذون كالمشتركة بينه
وبين المولى حتى صح اقرار المولى عليه في الذمة بقدر قيمته فلم تلاق الكفالة حقه بخلاف الحر البالغ لانها
لا تتعلق حقه فصحت ثم تمت معاوضة فلزمت الشريك لان لزومها ليس في حال البقاء لانا انما نحتاج الى لزوم شريكه
بعد ما لزم الكفيل بخلاف الكفالة بالنفس فانها تبرع ابتداء وبقاء اذ لا يستوجب المكفول له على الكفيل شيئا
في نفسه من المال اما الاقراض فانه اعارة محضة ابتداء وانتهاء لا معاوضة والاكان بيع النقد بالنسيئة
في الاموال الربوية فيكون لمثلها اي لمثل الدراهم او الدنانير المقرضة حكم عينها لاحكم البدل ولهذا الابرء فيه لا تأجيل
اي لا يلزم ان يجري على موجب التأجيل في الاعارة والقرض والالزم الجمع فيما فيه تبرع وهو بالحل على ان عند ابي حنيفة
رواية الحسن في القرض انه يلزم الشريك بناء على شبه المعاوضة بلزوم المثل فلنا ان منع **قوله** ولو

كانت

ولو كانت الكفالة بغير امر اي امر المكفول عنه لا يلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المعاوضة اذ هي ايضا او لا يحلف
من الرجوع عليه وقوله في الصحيح يشير الى خلاف المشايخ وما ذكره المصنف مختار الفقيه ابي الليث
وحمل مطلق جواب الجامع الصغير عليه وعامة المشايخ جروا على الاطلاق ولم يتعرضوا للتفرقة بين كونها
بامره او لا **قوله** وضمان الغصب والاستهلاك وكذا ضمان المحال فيه والوديعة والعارية والاقرار بهذه
الاشياء تلزم شريكه وانما عين التخصيص ابا حنيفة هنا لان في ضمان الغصب والاستهلاك محمد مع ابي حنيفة في انه يلزم
شريكه وفي الكفالة مع ابي يوسف كما نقله انفا لابي يوسف فيها انه ضمان وجب بسبب غير كائن فلا يلزم
شريكه كأرش الجناية وانه بدل المستهلك والمستهلك لا تحتمله الشركة ولهما ان ضمان الغصب والاستهلاك
كضمان التجارة ولهذا صح اقرار المأذون به عبدا كان او صبيا حرا وكذا المكاتب ويواخذ به في الحال ثم هو
بدل مال تصح فيه الشركة لانه انما تجب باصل السبب وعند ذلك المحل قابل للتملك وكذا ملك المغصوب
والمستهلك بالضمان واذا كان كذلك كان كل من المتفاوضين ملتزما له ضرره ونفعه وفي الكافي الاعارة للرهن
نظير الكفالة خلافا وتعليلا ووجه كونها معاوضة عنده انها لو هلك الرهن في يد المرتهن يرجع المعير
على الراهن بقدر ما سقط من دينه ولو افترقا احدهما مفاوضين لم يجز شهادته له لم يلزم الآخر عند
ابي حنيفة ويلزمه عندهما واصله ان الوكيل بالهلاك العقد مع هو عندنا خلافا لهما وسيأتي ان شاء الله تعالى
قوله وان ورث احدهما مالا تصح فيه الشركة فقبضه بطلت المفاوضة وصارت عنانا وكذا اذا
وهب له فقبضه او تصدق به عليه او اوصي له به او زادت قيمة دراهم احدهما البيض على دراهم الآخر السود
او دنانيره قبل الشراء على ما قدمنا كل ذلك اذا وصل اليه صارت عنانا ولو ورث ما تصح فيه الشركة
كالعقار والعروض اختص به ولا تبطل المفاوضة وكذا باقي الاسباب التي ذكرناها واما بطلت المساواة فيما يصلح
راس مال الشركة اذ هي اي المساواة شرط الصحة ابتداء وبقاء وانما كان ما هو شرط للبقاء كذلك لكونه اي عقد الشركة
عقدا غير لازم فان احدهما بعد العقد لو اراد فسخها وورد عليه كيف يجبر التعليل بعد اللزوم لان البقاء
حكم الابتداء او الاجارة عقد لازم حتى لا ينفرد احد المتعاقدين فيها بالفسخ بل بحكم القاضي الممتنع على المضي ومع
ذلك لو وارث حكم الابتداء حتى لا تبقى بموت احد المتعاقدين فتبين ان كون العقد لو ادامه حكم الابتداء يتحقق
مع كونه لازما كما مع كونه غير لازم اجيب بان القياس في الاجارة ان لا تكون لازمة كما هو مذهب بعض لكون
المعقود عليه معدوما في الحال نحو كالعارية لكنه لما كان عقد معاوضة واللزوم اصل في المعاوضات
تحقيقا للنظر من الجانبين وانفساخه بموت احدهما لا باعتبار ان لزومه حكم الابتداء بل باعتبار فوت
المستحق لان الدار تنتقل الى ملك الوارث بموت المؤاجر فلو بقيت لزم ارث المنفعة المجردة وهي
لا تورث ولهذا لو مات الموصى له بخدمة العبد تبطل الوصية ولا تنتقل الى ورثته لان المنفعة المجردة
لا تورث وان كانت الوصية لازمة ولا بأس ان نذكر فروعا من شركة العين اذ فيها ذكرها في الكتاب
امر رجلا ان يشتري عبدا بعينه بينه وبينه فذهب فاشتراه واشهد انه اشتراه لنفسه خاصة
فالعبد بينهما لانه وكيل من جهة الآخر بنصف العين فلا يتمكن ان يعزل نفسه بغير حضور الموكل وعلى هذا
اذا اشتركا على ان ما اشتراه كل واحد منهما اليوم فهو بينهما ما لم يستطع واحد منهما الخروج من الشركة في ذلك
اليوم لا بحضور الآخر لان كلا منهما وكيل لصاحبه ولو اشهد الموكل اخراج الوكيل عما وكله به وهو غير حاضر
لم يجز ذلك حتى اذا تصرف قبل ان يعلم بالعزل تنفذ تصرفه على الآخر فكذلك في الشركة ولو امره ان يشتري
بينهما فقال نعم ثم قال له احرفا قال اشتر هذا العبد بيني وبينك فقال نعم ثم اشتراه المأمور فالعبد بين الآمرين
نصفين والذي للمشتري فيه لان الاول وكله بشراء نصفه له وقبل قضاء بحيث لا يملك ذلك شراء
ذلك النصف لنفسه فكذا لغيره لانه لا يملك لغيره ما لا يملك لنفسه ولما امره الثاني ان يشتري له
بينهما فقد امره بشراء نصفه له فينصرف الى النصف الآخر لان مقصوده ما تصحيح هذا العقد وقد قبل ولا يمكن
تصحيحه الا بذلك ولو اشتري رجل عبدا وقبضه فطلب اليه آخر ان يشركه فيه فاشركه فيه فله نصفه

مثل نصف الثمن الذي اشتراه به وهذا بناء على ان مطلق الشركة تقتضي التسوية قال الله تعالى فهم شركاء في الثلث الآن بين خلافه ولو اشترك اثنين فيه صفقة واحدة كان بينهم اثلاثا ولو اشترا اثنان عبدا فاشتركا فيه اخرفالقياس ان يكون له نصفه ولكل من المشترين ربعه كان ملكا نصف نصيبه فيجتمع له نصف العبد وفي الاستحسان له ثلثه لانهما حين اشتركا سويا بانفسهما وكان كانه اشترى العبد معهما ولو اشرك احد الرجلين في نصيبه و نصيب الاخر فاجاز شريكه ذلك كان للرجل نصفه وللشريكين نصفه وهو ظاهر وروى بن سماعة عن ابي يوسف رحمهما الله ان احد الشريكين اذا قال لرجل اشركتك في هذا العبد فاجاز شريكه كان بينهما اثلاثا لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء وكذلك لو اشركه احدهما في نصيبه ولم يسم في كم اشركه ثم اشركه الآخر في نصيبه كان له النصف ولو قال احدهما اشركتك في نصف هذا العبد فقد روى بن سماعة عن ابي يوسف كان مملكا جميع نصيبه منه بمنزلة قوله قد اشركتك في نصفه كان له نصف العبد كقوله اشركتك بنصفه هكذا ولو قال اشركتك في نصيبي فانه لا يمكن ان يحمل هذا اللفظ مملكا جميع نصيبه بافامة حرف في مقام حرف الباء فانه لو قال اشركتك بنصيبي كان باطلا فكذا اذا كان له نصف نصيبه واعلم ان ثبوت الشركة فيما ذكرنا كله ينبغي على صيرورة المشتري بايا للذي اشركه وهو استغناء الملك منه فاينبغي على هذا ان من اشترى عبدا فلم يقبضه حتى اشرك فيه رجلا لم يجز لانه بيع ما لم يقبض كالو وكله اياه ولو اشركه بعد القبض ولم يسلمه اليه حتى هلك لم يلزمه ثمن لان هلاك المبيع في يد البايع قبل التسليم يبطل البيع ويعلم انه لابد من قبول الذي اشركه لان لفظ اشركتك صار ايجابا بالبيع ولو قال اشركتك فيه على ان تنقد عني الثمن فنقد كانت شركة فاسدة لانه بيع وشرط فاسد وهو ان ينقد عنه ثمن نصفه الذي هو له ولو نقد عنه رجع عليه بما نقد لانه قضى دينه بامر ولا شيء له على العبد لان الاشتراك كان فاسدا والبيع الفاسد يدون القبض لا يوجب شيأ ولو قبض نصف المبيع ثم اشترك فيه اجنبي ملك الآخر نصف العبد لا نصف النصف الذي قبضه لان الاشتراك يقتضي التسوية وانما يصح اذا انصرف اشتراكه الى الكل ثم يصح في القبض لوجود شرطه لان تصحيح التصرف يكون على وجه لا يخالف اللفظ وقضية اللفظ اشتراكه في كله ولو قال رجل لآخر انا اشتري هذا العبد فقد اشتركت فيه صاحبه او فصاحبه فيه شريك له فهو جايز لان كلامنهما موكل لصاحبه بان يشتري نصف العبد له فايهما اشتراه كان مشتريا نصفه لنفسه و نصفه لصاحبه فاذا قبضه فهو كقبضهما لان يد الوكيل كيد الموكل ما لم ينحه حتى لو مات كان من مالهما فان اشتريا معا او اشترى احدهما نصفه قبل صاحبه ثم اشترى صاحبه النصف الآخر كان بينهما اثلاثا لتمام متصود كل منهما ولو نقد احدهما كل الثمن في هذه الصورة ولو بغير امر صاحبه رجع بنصفه عليه لان بالعقد السابق بينهما صار كلا عن الآخر في نقد الثمن من ماله كالو اشتراه احدهما ونقد الثمن فان اذن كل منهما لشريكه في بيعه فباعه احدهما على ان له نصفه كان بايعا نصيب شريكه بنصف الثمن ولو باعه الا نصفه كان جميع الثمن ونصف العبد بينه وبين شريكه نصفين في قياس قول ابي حنيفة وفي قولهما البيع على نصف المامور خاصة ومبناه على فصلين احدهما ان عند ابي حنيفة الوكيل ببيع العبد بملك بيع نصفه والوكيل ببيع نصفه يملك بيع نصف ذلك النصف وعندهما لا يملك والثاني ان من قال بعتك هذا الا نصفه مالي كان بايعا للنصف مالي ولو قال بعتكه مالي على ان لي نصفه كان بايعا للنصف بحكم اية لان الكلام المفيد بالاستثناء عامورا المستثنى فكانه قال بعتك نصفه مالي فاما قوله على ان لي نصفه فحاصله ان نصفه لي المشترى فيما باعه منه وهذا اوان كان في ملكه لكنه اذا كان سيدا يصح كما في شراء رب المال بمال المضاربة من المضارب فكان كالمشتري هو مال نفسه مع المشترى فينقسم الثمن عليهما فيسقط نصفه عنه فبقي نصف العبد بنصف الثمن على المشتري **مسئلة** اشترى نصف عبد باية واشترى اخر نصفه الآخر باثني عشر باعاه مساومة بثلاثمائة او باثنين فالثمن بينهما نصفان ولو باعاه مرابحة بربح مائة او بالعشرة احد عشر كان الثمن بينهما اثلاثا لان الثمن في بيع المساومة بمقابل الملك فيعتبر الملك في المحل دون الثمن الاول واما بيع المرابحة والتولية والوضيعة فباعتبار الثمن الاول الا ترى انه لا تستقيم هذه البيوع في الغصوب لعدم الثمن ويستقيم بيع المساومة فيه وكذا لو كان مشترى بعوض لا مثل له والثمن الاول كان اثلاثا بينهما فكذا الثاني يوضحه

انا لو اعتبرنا في بيع المرابحة الملك في قسمة الثمن دون الثمن الاول كان البيع مرابحة في حق احدهما ووضيعة في حق الآخر وقد نص على بيع المرابحة في نصيبهما فلا بد من اعتبار الثمن الاول كذلك بخلاف المساومة لان الكل من المبسوط ١٢

فصل لما ذكر اشتراط المساواة في راس مال شركة المفاوضة احتاج الى بيان ما يصح به فقال لا تنعقد الشركة اي شركة المفاوضة الا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة يعني لا تنعقد المفاوضة اذا ذكر بلفظ المال الا بذلك وانما قلنا هذا لانه ذكر في المبسوط ان المفاوضة والعنان يكون كل منهما شركة الوجوه والتقبل فصح قولنا المفاوضة تنعقد في الوجوه والتقبل بلا مال صدق بعض المفاوضة تنعقد بالدراهم والدنانير فلوس وهو ما نقض لا شعقاد المفاوضة الا بالدراهم الى اخره لان الايجاب الجزئي ينافض السلب الكلي والتقييد بالذكر يخرج الدين والعروض وهو قول احمد والشافعي في وجه يجوز بالعروض المثلي وقال مالك يجوز بالعروض اذا اتحد جنسا وقال اوزاعي وحماد بن ابي سليمان تجوز الشركة والمضاربة بالعروض ولو وقع التفاضل في بيعها يرجع كل بقيمة عرضه عند العقد وكما لا يجوز عندنا بالعروض لا يجوز ان يكون راس مال احدهما عرضا والآخر دراهم او دنانير ولم يشترط حضور المال وقت العقد وهو صحيح بل الشرط وجوده وقت الشراء فقد روى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله لو دفع الى رجل الفا وقال اخرج مثلها واشتر بها وبع فاربحت فهو بيننا فعمل صح الا انه لا بد ان يقيم البينة انه فعل ليلزم الاحضار المال بصدقه لو تبين وضيعة وقيد بالدراهم والدنانير لان احراج المكيل والموزون لا يصلح ان يكون راس مال الشركة الا فيما سنذكر وامال الشركة الفاسدة فلم يذكر القدوري والحاكم ابو الفضل في الكافي فيها خلافا بل اقتصر على ان قال ولا يجوز الشركة الا بالدراهم والدنانير والفلوس وعطف الكرخي الجواز بالفلوس على قولهما وبعضهم جعل الظاهر الجواز وعدم الجواز رواية عن ابي حنيفة وابي يوسف وقال لو كان راس مال احدهما فلوسا لم تجز الشركة عند ابي حنيفة وابي يوسف لانها اذا صارت ثمنا باصطلاح الناس وليس ثمنا في الاصل ولم يتعاملوا ان تجعلوها راس مال الشركة وعند محمد يجوز وهو قول ابي يوسف الاول وقال المصنف فالوا يعني المتاخرين هذا قول محمد واستدل عليه بمسئلتين احدهما ان الفلوس لا تتعين بالتعيين ولا يجوز بيع فلس بفلسين اذا كانا بعينهما عند محمد خلافا لهما وسيأتي الوجه والتقييد بالعناية اهتزاز عالم باع فلسا بفلسين دينا فانه لا يجوز اتفاقا لان حرمة النساء ثبتت باتحاد الجنس وجه قول مالك ان الجنس اذا كان متحدا فقد عقد على راس مال معلوم فكانت كالنقود بخلاف المضاربة حيث لا تجوز الا بالنقود لانها شرعت على خلاف القياس لانها ربح مالم يضمن فان المال غير مضمون في المضاربة ويستحق ربحه فيقتصر على مورد الشرع ولنا ان راس مال الشركة في العروض والمكيل والموزون يودي الى ربح مالم يضمن لانه اذا باع كل منهما عرضه وانفق تفاضل الثمنين فانه يستحقه احدهما من الزيادة على حصة راس ماله الذي هو ثمن عرضه وربح مالم يملكه ولم يضمنه بخلاف النقود فان كل واحد منهما وكيل عن صاحبه في الشراء بماله وما يشتريه كل منهما لا يتعلق براس المال لعدم التعيين فيكون واجبا في ذمته فربحه ربح ماضمنه فان قيل هذا لا يلزم لانه يشترط خلط العروضين لاتحاد جنسهما مكيلين او موزونين او غيرهما مخذ لقيمة الثياب الكرباس من رباية واحدة قلنا الخلط لا يوجب الاشتراك في كل ثوب وجبة مثلا فاذا باعا جملة في وقت طلوع السعر من ذلك لم يعلم ان عدد ما بيع من الاجزاء وقبضه المشتري متساويان بل الظاهر انهما متفاوتان فيلزم اختصاص احدهما بزيادة ربح لزيادة ملكه والتخلص عنه ليس الا بضبط قدر ملكه والتخلص عنه وهو مجهول فتؤدي الى تعذر الوصول الى قدر حقه وربح الآخر مالم يضمن ولان الغيبة لا تعرف الا بالحرز والظن ولا يبعد ان العلم بالقيمة في المنازعة فيه وهذا انما يلزم لو اعتبر راس المال فيتمحض العروض اما اذا كان هو نفس العروض من جنس واحد تحمد القيمة وقت العقد وقد حطاه فيه ملا تنازع فلا يلزم ربح مالم يضمن ولتعذر ما يدفعه ولان اول التعرض في العروض البيع وفي النقود الشراء وبيع الانسان ماله على ان يكون الآخر شريكا في ثمنه لا يجوز وشراؤه شيأ ماله على ان يكون الآخر شريكا فيه يجوز وعلمت ان الخلط لا يغني ذلك وجه قول محمد ان الفلوس اذا كانت نافقة تروج رواج الاثمان فالحقت بها وابي حنيفة وابي يوسف ان قيمتها تتبدل ساعة فساعة فانها باصطلاح الناس لا بخلقته فهي كل ساعة تتغير باعتبار خلقته وتصير ثمنا بالاصطلاح القايم ولا يخفى ان هذا انما هو في الملاحظة اما في الخارج فهي في كل مستمر استمر

بالبيض من الدراهم ليس موجبا للضمان لانه يتمكن المالك من الوصول الى عين ملكه وحيث وجب الضمان يجب على الخالط سواء
كان اجنبيا عن المخلوط ماله كغير الموضع وغيره من في عياله كبيرا كان او صغيرا او كان في عياله فان لم يظفر بالخالط فقال
احد المالكين انا اخذ المخلوط واعطي صاحبي مثل ما كان له فرضي صاحبه جاز لان الحق لهما فاذا رضيا بذلك صح وان ابى بيع
المخلوط وقسم الثمن بينهما على قيمة الحنطة والشعير على ما ذكروه وان ضرب صاحب الثمن بقيمة مخلوطة بالحنطة
في الشعير وصاحب الشعير بقيمته غير مخلوط بالحنطة لانا الحنطة تنقص باختلاطها بالشعير وقد خلصت في البيع
بهذه الصفة فلا يضرب بقيمتها الا بالصفة التي بيعت بها والشعير يزداد قيمة بالاختلاط لكن هذه الزيادة من مال
صاحب الحنطة فلا يستحق ان يضرب بها مخلوطا فلذا يضرب بقيمة الشعير غير مخلوط قيل هذا الجواب انما يستقيم على
قول ابي يوسف ومحمد ورواية الحسن عن ابي حنيفة ان ملك المالك لا ينقطع عن المخلوط بل لهما الخيار بين الشركة في
المخلوط وبين تضمين الخالط فاما على ما هو ظاهر مذهب المخلوط ملك للخالط وحقهما في ذمته فلا يباع ماله في دين
لما فيه من الحجر عليه وابو حنيفة ابرى ذمته لان ولا صح انه قولهم جميعا لان ملكهما وان انقطع عن المخلوط فالحق فيه باق
ما لم يصل كل منهما الى بدل ملكه ولهذا لا يباح للخالط الانتفاع بالمخلوط قبل اداء الضمان فلهذا حقهما يكون لهما ان يستوفيا
حقهما من المخلوط اما صلحا بالتراضي او بيعا وقسمة الثمن وان اتفق على الخلط ورضيا به وهو جنس واحد كخل او
موزون صار عينا مشتركة فاذا باعاه انقسم على قدر ملك كل منهما ولو كان المخلوط غير مثلي كالثياب فباعهما
بثمن واحد اقتسماه على قيمة متاع كل منهما يوم باعه لان كلا منهما بايع للكله والثمن بمقابلة جميع ما دخل في العقد
من العرض فينقسم عليهما باعتبار القيمة وان كان جنسين مثليين فالثمن بينهما اذا باعا على قدر قيمة متاع كل منهما
يوم خلطه مخلوطا لان الثمن بدل المبيع فينقسم على قيمة ملك كل منهما وملك كل منهما كان معلوما بالقيمة وقد الخلط
تتغير تلك القيمة لكن مخلوطا ان لم يزده بالخلط قيمة احدهما لانه دخل في البيع بهذه الصفة فان كان احدهما
يزيده الخلط خيرا فانه يضرب بقيمته يوم يقتسمون غير مخلوط مثاله قيمة الشعير تزداد اذا خلط بالحنطة
وقيمة الحنطة تنقص فصاحب الشعير يضرب بقيمته غير مخلوطة لان تلك الزيادة ظهرت في ملكه من مال صاحبه
فلا يستحق الضرب به معه وصاحب الحنطة يضرب بقيمة مخلوطة بالشعير لان النقصان حاصل بفعل هو راض به
وهو الخلط وقيمة ملكه عند ذلك ناقصة فلا يضرب الا بذلك القدر وقد طعن عيسى رحمه الله في الفصلين
جميعا فقال قوله في الفصل الاول انه تعتبر قيمته يوم خلطاه وفي الفصل الثاني يوم يقتسمون غلط بل الصحيح
ان يقسم الثمن على قيمة كل منهما يوم البيع لان استحقاق الثمن به وصار كما لو لم يخلطا وباعا الكل جملة فان قسمة الثمن
على القيمة يكون وقت البيع الا ان يكون قيمته يوم البيع ويوم الخلط والقسمة سواء ورده قسمة الاجمة
بان معرفة قيمة الشيء بالرجوع الى قيمة مثله في الاسواق وليس للمخلوط مثل يباع فيها حتى يمكن اعتبار
قيمة ملك كل منهما وقت البيع فاذا تعذر وهذا وجب المصير الى التقويم في وقت يمكن معرفة قيمة ملك
كل منهما كما في جارية مشتركة بين اثنين اعتق احدهما ما في بطنها فضرضا من قيمة نصيب شريكه وقت الولادة لتعذر
معرفتها وقت العتق فيصار الى تقويمه في اول الاوقات التي يمكن معرفة القيمة فيها وهو ما بعد الولادة فكذا
هنا يصار الى معرفة قيمة كل في اول اوقات الامكان وهو عند الخلط الا انه اذا علم ان الخلط يزيد في مال احدهما
وينقص من مال الاخر فقد تعذر قسمة الثمن على قيمة ملكهما وقت الخلط لتيقننا بزيادة ملك احدهما ونقصان
الاخر فاعتبرت القيمة وقت القسمة باعتبار ان عند الخلط ملك كل منهما من ذوات الامثال فيجعل حق كل
منهما يوم الخلط كما لو باع في المثلي الى وقت القسمة فيقسم الثمن على ما هو حق كل منهما بخلاف ما اذا لم يخلطا لان
تقوم ملك كل منهما وقت البيع هنا لم يمكن فاعتبرنا في قسمة الثمن قيمة كل منهما وقت البيع قوله واذا
اراد الشركة في العروض باع كل منهما نصف عرضه بنصف عرض الاخر فتصير شركة ملك ثم عقدا الشركة
مفاوضة او عنانا فقبل هذا على قياس قول محمد في المكيل والموزون وعلى قياس قول ابي يوسف لا يجوز
الا ان تكون مضافة الى حال بيعها العروض بالدراهم فانه يجوز لانه حينئذ مضاف الى المستقبل وعند
الشركة تحتمل الاضافة لانه عقد توكيل حقا لثبات العقد بالدراهم والحق ان جواز هذا التخصص بقول

الاصطلاح عليه وكذا قال الاسبيجابي الصحيح ان عند الشركة بالفلوس تجوز على قول الكل لانها صارت ثمنا
باصطلاح الناس ولهذا لو اشترى شيئا بفلوس بعينها لم تتعين تلك الفلوس حتى لا تبطل العقد بهلاكها قال المصنف
ويروى عن ابي يوسف مثل قول محمد والاول اقيس والظهر ان قوله مع ابي حنيفة مستفاد في بيع فلس بفلسين
وعن ابي حنيفة جواز المضاربة بها وعلى ما ذكره مبسوط الاسبيجابي يجب ان يكون قول الكل الآن جواز الشركة
والمضاربة بالفلوس النافقة وعدم التعيين على منع بيع فلس بفلسين كما ذكرنا فيما يليه حيث قال ولا تجوز الشركة بما وراء
ذلك الا ان يتعامل الناس بها كالنبر وهو غير المصوغ والنوم وهي القطعة المذابة منها ونقل المصنف اختلاف
الرواية في ذلك رواية الجامع لا تكون المفاوضة بما قبل ذهب او فضة ومراده النبر فعلى هذا النبر سلعة تتعين
بالتعيين فلا تصلح راس مال الشركات والمضاربات وذكر في كتاب الصرف ان النقرة لا تتعين بالتعيين حتى لا ينفسخ
العقد بهلاكها قبل التسليم فعلى هذا تصلح راس مال فيها وهذا ما عرف انها حلفا تتعين ثم قال الا ان الاول اصح يعني رواية
انها اثمان للتجارة لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص فخرج ضربا حلفا فلا تتعين البتة وبه ينفسخ العقد بهلاكها
قبل التسليم ولم يجر التعامل بها ثم قال الا ان يجري التعامل بها اي بالنبر والنوم واستثنى من قوله اصح وهو كونهما
لا تنفق الشركة بها فكان الثابت انهم اذا ذابوا ملوا بتطع الذهب والفضة صلحت راس المال في الشركة والمضاربة
ثم قال المصنف قوله اي القدوري لا تجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والمعدود والمتقارب والخلافي بينه
بينما قبل الخلط لانها عروض محظة لكل منهما منافعه وعليه وضيعته وتختص بربحه وكذا ان خلطاها اشتركا
عند ابي يوسف اي لكل منهما منافعه بحصته ربحه ووضيعته لانتفاء شركة العقد والوضيعة خسارة التاجر
يقال امنه مبنيا للمفعول وضع التاجر ووكس في سلعته يوضع وضيعه اي خسر وقال قوم من الوهب وضع يوضع
كوجل يوجل وعند محمد رحمه الله تصح شركة عقد اذا كان المخلوط جنسا واحدا وتصير الحالات تظهر في اشتراط التفاضل
في الربح فعند ابي يوسف لا يصح وعند محمد يلزم وقول ابي يوسف ظهور الرواية عن ابي حنيفة لانه يتعين بالتعيين
فكان عرضا محضا فلا يصح راس مالها وما لا ينفق راس مال الشركة لا يختلف فيه الحال بين الخلط وعدمه كالذي لا يصلح
من النقود لا يختلف في الخلط وعدمه وهذا لان المانع قبل الخلط هو كونه دينا في ذمة الغير وهو بعينه
موجود بعد الخلط بل يزداد تقررا لان المخلوط لا يكون الا مشتركا فيتقرر المعنى المفسد فكيف يكون مصححا
للعقد قوله ولمحمد رحمه الله انها اي المكيل والموزون والعددي المتقارب تعرض من وجه حتى يتعين
بالتعيين ثمن من وجه حتى يصلح الشراء بها دينا في الذمة وهو من حكم الاثمان فعلنا بالشبهين بلا اضافة
الى الحالين وهما الخلط وعدمه لشبه العرض قبل الخلط فلا يجوز الشركة بها قبله ويشبه الثمن بعد الخلط
فتجوز الشركة بها بعده وهذا الان بالخلط تثبت شركة الملك فيتأكد بها شركة العقد بخلاف العروض المحضة
فانها ليست ثمنا بحال وظاهر الرواية هو الاظهر وجها لان المكيل والموزون قبل الخلط ليس شيئا عند العرض له
شبه به بل هو عرض محض وازداد في العرضية في الجملة وكون الشيء متصلا في حقيقته وله شبه باخذ
لا يقال له شبهان وغايته ان الثبوت في الذمة عرض عام بحقيقتين مختلفتين والعقد وهو ربح ما لم
يضمن لا يحتمل بالخلط والا لزم قول مالك وقد بيناه ولو كان المخلوط لهما جنسين كالحنطة والشعير والزيت
والسمن ثم عقدا لا تجوز الشركة بالاتفاق والفرق لمحمد بين العقد بعد صحة الخلط في متفقي الجنس حيث
يجوز والمختلفين حيث لا يجوز ان ما من جنس واحد من ذوات الامثال حتى يضمن متلفه مثله فيمكن تحصيل
راس مال كل منهما وقت القسمة باعتبار المثل والمخلوط من جنسين من ذوات القيم حتى يلزم متلفه قيمته
فيتعذر بالجهالة لانه لا يمكن ان يصل كل منهما الى عين حقه من راس المال وقت القسمة كما في الوديعة قوله
حكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء قيل اراد قضاء الجامع الصغير ولم يتفق في هذا الكتاب ويمكن تاويله
انه بينه في غير الا انه خلاف المعتاد من المصنفين في اخلاق هذه العبارة والحاصل ان الخالط قد يأخذ
نصيب المخلوط ماله اذا خلطه بجنسه او خلاف جنسه ولا يتميز كشيرج رجل خلط بزيت غيره او تتميز بعسر
كحنطة خلطها بشعير لانه انقطع حق مالكه بهذا الخلط فان هذا الخلط استهلاك بخلاف ما تيسر معه كخلط السود

واحد منها وقد توارثت كلمة اهل المذهب عليه وهذا لان المانع من كون راس مال الشركة عروضا كل من امرين لزوم ربح مالم يضمن وجهالة راس مال كل منهما عند القسمة وكل منهما مستنتج ويكون كلما يربحه الاخر ربح ماهو مضمون عليه ولا حصل جهالة في راس مال كل منهما لانه لا يحتاج حينئذ لتعرف راس مال كل منهما عند القسمة حتى يكون ذلك بالجزء فتنتفي الجهالة لانها مستنبطان في المال بشركان فيه فيا لصرورة يكون كل ما يحصل من الثمن بينهما نصفان وعلى هذا فقول المصنف وهذه شركة ملك مشكل ومن الشايخ من جزم بانه قصد الى الخلاف حقيقة اختيارا منه لعدم الجواز وان لم يضعه في طريقة الخلاف كما قال القدوري اول الكتاب وليستحب للخوض ان ينوي الطهارة فقال المصنف والنية في الوضوء سنة ولم يضع الخلاف وضعه المعروف وكذا اختار شمس الايمة السرخسي عدم جواز الشركة لبقاء جهالة راس المال والربح عند القسمة ولا يخفى ضعف هذا وفساده بالعروض ليس لذات العروض بل للالتزام الى كل واحد منهما انه متنقد **قوله** واما شركة العنان فتنعقد على الوكالة دون الكفالة وهي ان يشتركا اثنان في نوع من التجارات بن او طعام او يشتركان في عموم التجارات ولا يذكران الكفالة لانها خاصة بالمفاوضة وعلى هذا فلو ذكراها وكانت باقي شروطها متوفرة انعقدت مفاوضة لما تقدم من عدم اشتراط لفظ المفاوضة في انعقادها بعد ذكر جميع مقتضياتها وان لم تكن متوفرة ينبغي ان تنعقد عنانا لم هل تبطل الكفالة يحتمل ان يقال تبطل لان العنان معتبر فيها عدم الكفالة ويحتمل ان يقال لا تبطل لان المعتبر في عدم اعتبار الكفالة لا اعتبار عدمها فتصح عنانا ثم قد قالوا الاخر زيادة على اصل الشركة كما انها تكون عنانا مع العموم باعتبار ان الثابت فيها عدم اعتبار العموم لا عتبار عدم العموم الا ان الاول قد يرجح بان هذه الكفالة مجهول فلا تصح الا ضمنا فاذا لم تكن مما تقتضيها الشركة لم يكن لها ثبوتها الا قصدا فلا يصح بخلاف ما لو عقد المفاوضة بغير لفظ المفاوضة بان ذكر كل مقتضياتها فان منع الكفالة ويصح لان هذا التفصيل بمنزلة الاسم المركب المرادف للمفرد الداخل في مفهومه الكفالة بخلاف العنان ليس المفرد معتبرا في مفهومه الكفالة **قوله** من عرنى كذا اي عرض فال اسرت القيس فعن لنا سرب كان فجاجه عذاري دوار في ملاء مذيل اي اعترض لنا سرب اي قطيع يريد من بقر الوحش كان فجاجه عذاري اي اكارد دوار وهو اسم صنم كانت العرب تنصبه وتدور حوله وهو بضم الدال وفتحها وقوله في ملاء تشبيه لنساج البقر في استدارتها بالعذاري والملاء الذيل اي الطويلات الذيل وهذا لا اشتقاق له يقتضي مساواة بل عروض تعلق بقدر من الاختلاط قليله وكثيره وعمومه وقيل ماخوذ من عنان الفرس كما ذهب اليه الكسائي والاصح فانه جعل كل منهما عنان التصرف في بعض ماله لرغبته وبعضه لنفسه او يجوز نفاذ تصرفهما في المال والربح كما يتفاوت العنان في كف الفارس طولا وقصرا في جانبي الارض وهذا لا اشتقاق غير صحيح الا فيما سمع وعابد منه وكابد استنجد الطين وامثاله **قوله** ويصح ان يتساويا في راس المال ويتفاضلا في الربح وعكسه بان يتفاضلا في راس المال ويتساويا في الربح وهو قول احمد وقال مالك والشافعي وزفر لا يجوز وقوله ويتفاضلا ليس على اطلاقه بل ذلك فيما اذا شرطا العمل عليهما سويا او عمل احدهما او شرطاه على من شرط له زيادة الربح وان شرطا العمل على اقلهما ربحا لا يجوز وجه قول الثلاثة ان ذلك يودي الى ربح مالم يضمن لان استحقاق احدهما للتلك الزيادة بالشرط لان العنان بقدر راس المال وصار كالوضيعة فانها لا تكون الا على قدر راس المال اعتبارا للربح بالخسران ولنا ما ذكر المشايخ من قوله صلى الله عليه وسلم الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين ولم يعرف في كتب الحديث وبعض المشايخ يشبهه بقول علي رضي الله عنه والربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربة وقد يكون احدهما احذق والتذ عملا او اقوى فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجة الى التفاضل ورايناها العقد اي شركة العنان يشبه المضاربة من حيث انه يعمل في مال غيره وهو الشريك ويستوجب ربحا بقدر رأس ماله ويشبه شركة المفاوضة اسما وعملا فانها يعملان فعملنا بشبهه المضاربة في اشتراط الزيادة لاحدهما وهو الذي شرط منفردا او مع الاخر وان لم يعملا بالبدن ويشبه المفاوضة حتى اجرنا شرط العمل عليهما وكون المضاربة تنعقد باشتراط العمل على رب المال لا يبطل اعتبار شبهها الاخر الذي باعتباره اجزنا الزيادة

في الربح لاحدهما بخلاف ما لو شرط كل الربح لاحدهما فانه لا يجوز لانا لعقد حينئذ يخرج عن الشركة والمضاربة ايضا على فرض ان شرط للعامل كل ربحه فاسقط جميع ربحه والبضاعة ان شرط لرب المال الا انه يرد ما تقدم من ان المضاربة على خلاف القياس فلا يقاس عليها فلا يعتبر شبهها الا ان يمنع ويقال بل الربح يستحق في الشروع تارة بالعمل وتارة بالمال والمشروط له الزيادة مشروط عمله وان شرط عمل الاخر لكن قد يكون ذلك احذق واقوى ليأتي اخره **قوله** اذا للفظ ان لفظ العنان لا يقتضي المساواة ولا ينبئ عنه ليعتبر في مفهومه فلذا جاز ان يعقدا كل ببعض ماله ويجوز اذا كان من جهة احدهما دنانير ومن الاخر دراهم ويجوز بدراهم سود من جهة احدهما وبيض من جهة الاخر وان تفاوتت قيمتها والربح على ما شرطا فيه تساويا او تفاوتا على قدر قيمة دراهمها بشرطه الذي بيناه **قوله** واذا هلك مال الشركة كله بطلت الشركة وكذا لو هلك احد المالين قبل الخلط وقبل الشراء يهلك من مال صاحبه وحده سواء هلك في يد مالكه او يد شريكه لانه امانة في يد هذا بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك عليهما لعدم التمييز وتبطل الشركة اما الاول فلان مال كل واحد قبل الشركة وقبل الخلط باق على ملكه واما بطلان الشركة فلان المعقود عليه عقد الشركة هو المال المعين لانه يتعين بالتعيين في الشركة والهبة والوصية وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما في البيع بخلاف المضاربة والوكالة المنفردة لا يتعين المال فيها بالتعيين وانما يتعينان بالقبض حتى لو استرد رب المال من يد المضارب او الوكيل عمل ذلك المال في ذمته كان مشتريا لموكله حتى لو هلك المال بعد الشراء يرجع عليه بمثله اما لو هلك قبل الشراء فانما يبطل العقد لان الموكل لم يرض بكون الثمن دينا في ذمته فلا تبطل المضاربة والوكالة المنفردة بهلاك المال واحترز بالمنفردة عن الوكالة الثابتة في ضمن الشركة فانها تبطل ببطلان الشركة وهذا ظاهر فيما اذا هلك المالان وكذا اذا هلك احدهما لانه اي الشريك الذي لم يهلك ماله لم يرض بشركة صاحبه في ماله الا ليشركه هو ايضا في ماله بتقدير بقائه فاذا فات ذلك ظهر وقوع ما لم يكن راضيا به ممن عقد الشركة فيبطل العقد لعدم فايدته وهو الاشتراك فيما يحصل **قوله** فاذا اشترى احدهما بماله ثم هلك مال الاخر فالشتري بينهما على ما شرطا ان الملك حين وقع وقع مشتركا بينهما لقيام الشركة وقت الشراء ان الهلاك لم يقع قبله ليبطل فيختص المشتري بما اشتراه فلا يتغير الحكم اي حكم الشركة بهلاك مال الاخر بعد ذلك ثم الشركة الواقعة في هذا المشترى بعد هلاك مال الاخر شركة عقد عند محمد خلافا للحسن ابن زياد رحمهما الله فانها شركة ملك عنده حتى لا ينفذ بيع احدهما الا في نصيبه وجه قوله ان شركة العقد بطلت بهلاك المال فصار كما لو هلكت قبل الشراء مال الاخر ولم يبق الا حكم ذلك الشراء وهو الملك فيلزم انفراد الملك لعدم ما يوجب زيادة عليه ولمحمد رحمه الله وعليه اقتصر المصنف ان هلاك مال احدهما اذا وقع بعد حصول المقصود مال الاخر وهو الشراء بهما فلا يكون الهلاك مبطلا شركة العقد بينهما بعد تمامها كما لو كان بعد الشراء المالين واذا وقع المشترى في الشركة يرجع على شريكه بحصته من الثمن لانه اشترى نصفه له بوكالته ونصفه لنفسه وقد بينا قريبا هذا اذا اشترى احدهما باحد المالين او تم هلك مال الاخر اما اذا هلك احدهما ثم اشترى الاخر يعني الذي في يده المال بالمال الاخر ان صرحا بالوكالة في عقد الشركة بان قالا عند عقد الشركة على ان ما اشتراه كل منهما بماله هذا يكون مشتركا بينهما لذا صرحوا في المبسوط فالمشترى مشترك بينهما على ما شرطا لان الشركة ان بطلت فالوكالة المصرح بها قايمة فتكون شركة ملك وبهذا جمع في المبسوط بين الناقض الواقع في جواب المسئلة حيث قال محمد رحمه الله في بعض المواضع فاشترى بالمال الباقي بعد ذلك يكون لصاحبه وفي بعضها اذا اشترى الاخر بماله بعد ذلك يكون بينهما فجعل محمد الاول اذا لم يكن في الشركة وكالة مصرح بها ومحمد الثاني اذا صرحا بها على ما ذكر وقوله لما بيناه يريد قوله لانه وكيل من جهته **قوله** اخر وتجوز في الشركة وان لم يخلط المال وبه قال احمد ومالك رحمهما الله تعالى الا ان مالكا شرط ان يكون تحت يدهما بان يكون في حانوت او في يد وكيلهما وقال زفر وان لم يخرجا رحمهما الله لا يجوز لان الربح فرع المال فلا يكون الفرع في الشركة اكثر من الاصل في الشركة وانه اي الشركة في الاصل على معنى الاشتراك بالخلط لما سلف

من ان معناها الاختلاط او الخلط على ما مر تعناه فلا يتحقق شركة بلا خلط وقد اتفقنا على ان المعتبر في كل عقد شرعي
ما هو مقتضى اسمه قال المصنف وهذا اي كون الزرع فرع المال اصل كبير لما حتى تفرع عليه اعتبارا واتحادا لجنس فلا تجوز
الشركة اذا كان لاحدهما دراهم وللاخر دنانير ولا اذا كان لاحدهما بيض وللاخر سود لعدم تحقق الخلط والاختلاط لا
لتميز مال احدهما عن الاخر لا تجوز التفاضل في الزرع مع التساوي في المال لاختلاف الشركة في الاصل والفرع كالشركة
التقبل والاعمال لعدم المال **قوله** ولان الشركة في الزرع مستندة الى العقد دون المال حاصل تقرير
الشارحين ان الزرع يضاف الى التصرف في المال وهو العلة والى العقد الذي هو علة التصرف والحكم كما يضاف الى العلة
يضاف الى علة العلة وانت تعلم ان الاضافة الى علة العلة بطريق المجاز فان الحكم بالذات انما يضاف الى علته
لما عرف ان لا اثر للعلة البعيدة في الحكم وحقيقة الاضافة الى العقد اعتبارا ما هو مجازا في حكم يبتنى على الاضافة
واما وجه التقرير المراد ان الزرع المستحق شرعا لكل من الشريكين في مال الاخر ليس مضافا الا الى العقد الشرعي
الذي به حل تصرف في مال غيره الى نفس المال ولا التصرف فيه لان اضافة الزرع الى التصرف في المال معناها
انما كتسب عن التصرف فيه وليس هذا معنى معقولا لك اذ هو معلوم وانما حاجتنا الى ثبوت حل الزرع لكل منهما والاشك
ان حله انما يضاف الى العقد الشرعي لا التصرف فان نفس التصرف في المال وان كان ماذونا فيه شرعا لا يوجب
حل الزرع للمتصرف كما في المبضع والوكيل بالبيع فلم يحل الا بعقد الشركة متحققا فيه معنى اسمه لان هذا العقد
الشرعي يسمى شركة فتحقق معناه بما يفيده شرعا وهو الشركة في الزرع والتصرف معا لان احدهما عن الاخر
ليكون علة العلة بل التصرف علة في وجود الزرع والعقد علة حله واللام ليس الا فيه واذا كان كذلك لم يتوقف
الاسم على خلط المال الا ان المال محل العقد شرط لتحققها خارج عنه ثم قال المصنف وان كان الدراهم والدنانير لا يتعينان
يعني عند الشراء بها ما فيه الزرع حتى جاز ان يدفع غيرها فلم يكن الزرع مستفادا بعين المال حتى يلزم فيه الخلط
بل بالتصرف واذا ظهر تحقق الشركة لاجله تحققت في المستفاد بدلا ونه اي بدون الخلط وصار كالمضاربة يتحقق
الشركة في الزرع بلا خلط فان قيل فعلى هذا ينبغي ان لا يتحلل بهلاك المال قبل الشراء الوجود المال وقت العقد
لانه انعقد في المحل قلنا انما بطلت لعارض اخر وهو ان هلاك المحل قبل حصول المقصود بالعقد منه
يبطله كالبيع يبطل بهلاك المبيع قبل القبض والمقصود من عقد الشركة الاسترباح وهو بالشراء اولا فاذا هلك
المال قبل الشراء كان كهلاك المبيع قبل القبض واذا كان الاصل هو العقد لا المال لم يشترط اتحاد الجنس وكان
التساوي في راس المال ولا في الزرع وصح شركة التقبل **قوله** ولا تجوز الشركة اذا شرط لاحدهما دراهم مسماة قال
ابن المنذر الاجماع في هذا الاحد من اهل العلم ووجهه ما ذكر المصنف بقوله لانه شرط يوجب انقطاع الشركة
فعساه لا يخرج الا قدر المسمى فيكون اشتراط جميع الزرع لاحدهما على ذلك التقدير واشتراطه لاحدهما يخرج
العقد عن الشركة الى قرض او بضاعة على ما تقدم وقوله ونظيره في المزارعة يعني اذا شرط لاحدهما قفزانا
مسماة بطلت لانه عسى ان لا تخرج الارض غيرها **قوله** ولكل واحد من المفاوضين وشريكي العنان ان يبضع
المال لانه معتاد في عقد الشركة من المشي ولكن ولان له ان يستاجر على عمل التجارة والتحصيل للزرع بغير
عوض دونه وانما قال ضررا اذا ذاك ما هو اكثر ضررا ملك ما هو اقل وظهر ان لفظ التحصيل مرفوع على
الابتداء خبره الظرف **قوله** وكذا له ان يودعه لانه معتاد ولا يعد الشاجر بدا منه في بعض الاوقات
والمضايق وقوله يدفعه مضاربة لانها دون الشركة ولان الوطيئة في الشركة تلزم الشريك ولا تلزم المضارب
فتتضمن الشركة المضاربة ومن في حنيفة برواية الحسن انه ليس له ذلك لانه نوع شركة في الزرع والاصح
هو الاول وهو رواية الاصل لان الشركة في الزرع غير مقصودة وانما المقصود تحصيل الزرع فصار كما اذا استاجر
باجر ليعمل له بعض اعمال التجارة بل اولى لانه تحصيل بدون ضمان في ذمة الشريك بخلاف الشركة فان احد
الشريكين لا يملك ان يشارك غيره في مال الشركة لان الشيء لا يستتبع مثله واورد عليه المكاتب يجانب
عبده والماذون يأذن لعبده واقتدا المفترض والمتنفل بمثلها والناسخ مثل المنسوخ واجيب ان ملكها وملك
ليس بطريق الاستتباع بل باطلاق التصرف مطلقا وكذا الاقتدا ليس صلاة الامام مستتبعة لصلاتها بل تلك

مبنية على وحقيقة الناسخ مبين لا مبتدا على انه ليس وزان ما نحن فيه بل مثل يسير ولكل واحد ان يشتري بالنسبة
وان كان مال الشركة في يده استحسانا وليس لاحد ان يبيع العنان الرهن اي رهن عين من مال الشركة بدين من التجارة
واما رهنها بدين فبخلاف المفاوضة لان يرهن ويسترهن في شركة فان رهن في العنان متاعا من الشركة بدين عليها
لم يجز وكان ضامنا للرهن ولو ارتهن لها لم يجز على شريكه فان هلك الرهن في يده وقيمته والدين سواء ذهب
حصته ويرجع شريكه حصته ويرجع المطلوب بنصف قيمة الرهن على المرهن وان سلما شريك المرهن ضمن
شريكه حصته من الدين ان كان هلاك الرهن في يده هلاك استيفاء وكذا اذا باع احدهما فليس للاخر نقضه وللدين ان يمتنع
من دفعه فان دفعه اليه يرجع من حصة القابض ولم يبرا من حصة الاخر وليس لواحد منهما ان يخاصم فيما اذا نهاه الاخر
او باعه والخصومة للذي باع وعليه ولا ان يوخر دينا فان اخره لم يمض على الاخر وكذا الامين اذا قرار احدهما بدين
في تجارتهما على الاخر فان انكر فان اقر وانكر للاخر لزم المقر جميع الدين ان كان هو الذي يليه لان حقوق العقد تتعلق
بالعاقد وكفيلا لهما ان اوصى شراء ان اقرانهما وليا به وان كل الاخر لزمه نصفه ولو استرى احدهما شيئا فوجد به
عيبا لم يكن للاخر ان يرده الا ان يرد ذلك من حقوق العقد ولو احدهما المضاربة اختص برجحه لان مال المضاربة
ليس من مال الشركة وعلى هذا لو شهد احدهما لصاحبه بما ليس من شركتهما فهو جائز بخلاف المفاوضة في جميع ذلك
وبعض افراده عليه ويشارك شركة عنان وبعضي على الاخر بخلاف شريك العنان ويجوز تبعيض كل من المفاوضين
ما اداه الاخر او اذا اداه او وهب لها على رجل من نسب او ضمانة او غير ذلك او برد بعيب ما اشتراه الاخر وكل
منهما خصم عن الاخر بطالب ما على صاحبه وتقام عليه البينة ويستحلف على العلم فيما هو من ضمان التجارة وتقدم
شيء من هذا او الباب والكل من شريكي العنان ان يوكل من يتصرف فيه لان التوكيل بالبيع والشراء من اعمال التجارة
والشركة انعقدت لها بخلاف الوكيل صريحا بالشراء البيع له ان يوكل به لانه عقد خاص طلب به تراضي بعينه فلا
يستتبع مثله وكل من كان لاحدهما ان يعمله اذ نهاه شريكه عنه ليس له عمله فان عمله ضمن نصيب شريكه ولهذا
لو قال احدهما اخرج دمياط وانا اخرج زعفرانا وزعفرانها وذهب المال ضمن حصة شريكه لانه تقل حصته بغير اذنه وكذا لو نهاه
عن بيع النسيئة بعد ما كان اذن له فيه **قوله** ويده اي يد الشريك مطلقا في المال يد امانة لانه قبض المال باذن المالك
وجه البدل والوثيقة فيكون امانة بخلاف المقبوض على سوم الشراء فانه قبضه على وجه اعطاء البدل فيكون مضمونا
بخلاف الرهن فانه مقبوض للوثيقة بدينه فيتقيد بذلك الرهن واذا كان مقبوضا على الوجه الذي ذكرنا لما
كالوديعة فكان امانة وعلم ان جميع الامانات اذا مات تنتقل مضمونة بالموت مع التجهيل الا في مسائل احداها
اذا مات احد المتفاوضين ولم يبين حال الذي كان في يده فانه لا يضمن لشريكه نصيبه والاخرى في السراقا اودع
الامام بعض الغانمين في دار الحرب وقبل القسمة عند بعض الجنود فمات وتذكرانا شاء الله تعالى

فروع في اختلاف المتفاوضين فقد علم انه ليس لاحد المتفاوضين ان يقرض من المال ولا يهب ولا يتصدق ولا
يغير دابة من شركتهما ولو ادعى على اخر انه شاركه مفاوضة فانكر والمال في يد الجاحد فالقول قوله لان الجاحد مع
عينه وعلى المدعي البينة لانه يدعي العقد واستحقاقه ما في يده وهو منكر فان اقام البينة فتهاترا لو اراد واحد
لو اراد واحد هذا فقالوا المال الذي في يده من شركتهما او قالوا هو بينهما نصفان قضي للمدعي بنصفه لان الثابت
بالبينة كالثابت بالاقرار وجميع ما ذكر مستفادا نتقام ما في يده فيقضي بذلك فلو ادعى الذي في يده المال
بعد ذلك ان هذا العين لي ميراثا عما في يده واقام على ذلك بينة قبلت عند محمد ولو تقبل عند ابي يوسف لان
ذا اليد صار مقتضيا عليه بنصف ما في يده وبينة المقضي عليه في اثبات الملك لا تقبل لان يدعي تلقي الملك من
قبل المقضي له كالو كانت الشهادة مسترة ولو ادعى ذو اليد عينا في يده انها له خاصة وهب شريكه منه حصته
واقام البينة على الهبة والقبض قبلت لانه انما يدعي تلقي الملك منه ولو ادعى انه مضاربة والمال في يد المدعا
عليه فاورد وقضي عليه ثم ادعى عينا مما كان في يده او ميراثا او هبة واقام بينة قبل والفرق لابي يوسف ذا اليد
مناقض بالمضاربة مدع للميراث لانه اقام بينة وقد اثبتت دعواه بالبينة وفي الاول ذو اليد جاحد مدعا
عليه وقد صار مقتضيا عليه بحجة صاحبه الا ترى انه لو لم يكن اقام البينة في صورة الانكار لم يستحلف خصمه

واذا مات احد المتفاوضين فالمال بيد الحي وهو في الورثة كالمفاوضة وهو الحق ذلك فاقاموا البينة بذلك لم يقض لهم بشئ وما بيد الحي لانها شهدا بعقد لا يثبت الا بشهادة رجلين او رجل وامرأتين ولا حكم فيما شهدا به في المال الذي بيد الحي الان المفاوضة فيما مضى لا تزيد على ان يكون المال الذي بيده في الحال من شركتهما الا ان يقيموا انه كان في يد الميت او انه من شركتهما فانهم حينئذ شهدوا بالنصف للميت وورثته خلفاوه ولو كان المال في يد الورثة وجحدوا الشركة فاقاموا البينة على المفاوضة واقاموا ان اباهم مات وترك هذا ميراثا من غير ما يدعيانه لم تقبل بينتهم لانهم جاحدون فانما يقيمون بينتهم على النفي وقد ثبت المدعى الشركة فيما في ايديهم فيقضى له بنصفه وصح تحمل الامة ان هذا قولهم جميعا ولو قالوا مات جدنا وتركه ميراثا بيننا واقاموا البينة على هذا لا تقبل في قول ابي يوسف وتقبل في قول محمد كما لو كان المفاوض حيا واقام البينة على ذلك بعد ما شهد الشهود عليه بالمفاوضة المطلقة واذا افترق المتفاوضان واقام احدهما البينة ان المال كله كان في يد صاحبه وان قاضي بلدة كذا قضى بذلك عليه وسموا المال وانه قضى به بينهما نصفين واقام الآخر مثل ذلك من ذلك القاضي بعينه او غيره وان كان من قاض واحد وعلم تاريخ القضاءين اخذ بالاخر وهو رجوع عن الاول وبتقضاه لو ان لم يعلم او كان القاضي قاضيين لزم كلا منهما القضاء الذي انفرد عليه لان كلا منهما صحيح ظاهرا فيجب بسببه ما قضى عليه وشراء ان الفصل **قوله** واما شركة الصنايع وهي شركة التقبل وشركة الابدان وشركة الاعمال فنحو الخياطين والصباغين يشتركان في ان يتقبلا كل الاعمال او نحو الصباغ والخياط بعينه ويكون الكسب بينهما يجوز عندنا وقال مالك في لا يجوز لانها شركة لا عين مقصودة اذ المعقود عليه في بعض النسخ مقصودها بالتنبيه على الشركين وهو التمييز اي الربح لانه لا يدري الربح من راس المال لانه يبتنى عليه على ما قررناه في الخلاف في عدم اشتراط الخلط ولنا ان المعقود عليه عند الشركة تحصيل الربح بالاشتراك وهو لا يتحصر على المال بل جاز بالعمل ايضا كما في المضاربة جاز بالتوكيل بان يوكل الآخر بتقبل العمل عليه كما تقبل لنفسه فيكون كل واحد نصف العمل المتقبل وكيلا في نصفه الآخر فيتحقق الشركة في المال المستفاد عن ذلك العمل فان عملا استحق كل واحد عمله وهو كسبه وان عمل احدهما فان العامل معينا لشركته فيلزمه بتقبله عليه وهو جائز لان المشروط مطلق العمل المتقبل بنفسه او وكيله بنفسه الا ترى ان خياطا يتقبل ثوبا جرسن بعمله ويدفعه الى مالكه فيطيب له الاجرة ومن صور هذه الشركة ان يجلس آخر على دكانه فيطرح عليه العمل بالنصف القياس ان لا يجوز لان من احدهما العمل ومن الآخر الحانوت والتحق جوازها لان المتقبل من حانوته عمل **قوله** ولا يشترط فيه اي في جواز هذه الشركة اتحاد العمل والمكان خلافا لزفر ومالك وارد عليه انه عدم في اشتراط الخلط لزفر ان من ثمراته عدم جواز شركة التقبل وهو بناء على اشتراطه بصحتها اتحاد العمل والمكان اجيب بان عن زفر في جواز شركة التقبل روايتان ذكرها في المبسوط فنقوع رواية المنع على شرط خلط المال وذكر هنا شرطه في تجويزها تنويه ذكر المصنف وجه الجواز بقوله لان المعنى المجوز لشركة التقبل من كون المعقود عليه الربح لا يتفاوت بين كون العمل في دكانين او دكان وكون الاعمال من اجناس او جنس فلا وجه لاشتراط شرط لا دليل يوجبه **قوله** ولو شرط العمل بنفسين يعني التساوي في العمل والربح اثلاثا ما جاز بشرط كون المشروط له مشروطا عليه العمل وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لان الضمان هنا انما هو بتقبل العمل اذ المال عقدت الشركة عليه فزيادة الربح لاحدهما ربح ما لم يضمن فلا تجوز كما لم تجز شركة الوجوه مع شرط التفاضل في ربح ما يباع من ما اشتري بالوجوه واما كون التفاضل يجري فيما اذا شرط التفاوت في ملك المشتري فانما اشترى كل واحد لا يكون للآخر ربحه فقط فيقتسم الربح على قدر ملكهما فذلك في الحقيقة عدم التفاوت في الربح قلنا الماخوذ من هذه الشركة ليس ربحا حقيقة لان حقيقة الربح انما تكون عند اتحاد جنس المربح وما به الاسترباح وهو هنا مختلف فان راس المال عمل والربح مال فانما يقال له ربح مجازا وانما هو بدل العمل والعمل تتقدر بالتقدير اي بحسب التراضي فما قدر لكل هو ما وقع عليه التراضي ان جعل بدل عمله ولا يجوز مع خصوصا اذا كان اصرف في العمل وعلى هذا اتجه خلاف بعض المشايخ فيما لو شرطت الزيادة لاكثرهما عملا او صحح الجواز لان الربح بضمان العمل لا بحقيقة العمل وكذا لو سرق احدهما او غاب فلم يعمل وعمل الآخر كان الربح بينهما بلا خلاف بعمل وقوله بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق فان الربح بدل ما هو مال فيتحقق به التفاوت في الربح ربح ما لم يضمن وهو لا يجوز الا في المضاربة على خلاف

القياس

القياس هذا وقول المصنف لم يجز العقد وصار كشركة الوجوه يعطي ظاهره بطلان العقد لشرط الزيادة والوجه ان تبطل الزيادة فقط ويستحق مثل الآخر فانه نص في شركة الوجوه التي شبه بها ذلك في شرح الطحاوي فقال وينبغي ان لا يشترط الزيع بينهما على قدر الضمان وان شرطا الزيع كذلك بطل الشرط ويكون الزيع بينهما على قدر رؤسهما **قوله** وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شركه حتى ان لصاحب الثوب ان يأخذ ذلك بعمل والشريك الذي لم يتقبل العمل ان يطالب رب الثوب بالاجر ويبرأ الدافع بدفع الاجرة اليه وان كان اذا عمله الذي تقبله قال المصنف هذا وهو ضمان كل منهما عمل ما تقبله الآخر ومطالبه كل باجر الآخر ويبراة الدافع اليه الاجر وظاهر هذا اذا اعتقدا شركة الصنايع مفاوضة وفي غيرها وهو هنا اذا طلقا الشركة او نيدا هما بالعنان استحسانا فالفرق في ثبوت هذه الامور بين المفاوضة والعنان فيها والقياس خلاف ذلك لان الشركة وقعت مطلقة واذا وقعت مطلقة انصرفت الى العنان فلم تثبت المفاوضة الا بالنص عليها او على معناها وبهذا علم ان الفرق بين الحالات الشركة والتنصيص على جعلها عنانا في ان المنعقد عنان والكفالة متعلق المفاوضة وجه الاستحسان ان هذه الشركة اعني شركة الصنايع مقتضية للضمان في العقد الذي ذكرنا انها تقضت توكيل يتقبل العمل على ما بيه فكان العمل بالضرورة مضمونا على الآخر ولذا استحسن من الاجرة بالغة ما بلغت وتقبله بخلاف ما سيجي الآخر بسبب فكذا العقد وان كان عنانا بمجرد المفاوضة في ضمان العمل عن الآخر واقتضا البدل فان لم يتقبل ضرورة بخلاف ما سوى هذين الاثرين هو فيها على مقتضى العنان ولذا لو افرد احدهما بدين من امر الصناعة كثمن صابون او صبغ او بدين للحوله عن عليهم او اجرة بيت او دكان لم تصدق على صاحبه الا ببينة لان نفاذ الاقرار على الآخر موجب المفاوضة وليست هذه الثلاثة لم يعقد بينهم شركة تقبل بتقبلوا عملا شرط احدهم فعمله كله فله ثلث الاجرة والثلثان للآخرين لانهم لما لم يكونوا اشركا كان على كل منهم ثلث العمل لان المستحق على كل منهم ثلث الاجر فاذا عمل الكل كان متطوعا عن الثلثين فلا يستحق الاجر **قوله** واما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولا مال لهما ليشتريا بوجوههما ان يوجها بهما وجاههما والربح بينهما على ان الجاه متفاوت عند الناس فيما يرغبون فيه فصار كالتفاوت في المال ولذا كان وزنه عقل وانما تكون مفاوضة بان يكونا من اهل الكفالة والشتري بينهما نصفين وعلى كل منهما نصف ثمنه ويتساويان في الربح ويتلفظ بلفظة المفاوضة او يذكر ما يقتضيها كما سلف فتتحقق الوكالة والكفالة في الاسدال الى الاثمان والمبيعات وان فات شئ مما ذكرنا كانت عنانا لان مطلق عقد الشركة ينصرف اليه لتبادره وزيادة تعارفه عملا وشهدا ان في وما لك والوجه من الجانبين تقدم في شركة الاعمال وشرط صحة العقد باعتبار الوكالة وتوكل كل من الآخر بالشركة على ان يكون المشتري بينهما نصفين او اثلاثا صحيح وكذا الشركة التي تضمنت هذه الوكالة وتقدم معنى الباء في غير هذا وجه الفرق بين الوجوه والعنان من جهة ان في شركة الوجوه لا يصح التفاوت في الربح وتصح في العنان مع ان الربح في كل منهما من جنس الاصل متفرع بان الشركة في معنى المضاربة من حيث ان لا عامل في مال صاحبه بخلاف شركة الوجوه فصح اشتراط شبه المضاربة في العنان اجازة تفاوت الربح بخلاف الوجوه والحاصل ان شبه المضاربة انما جوز زيادة ربح احدهما في العنان باعتبار عمله في مال الآخر وليس في شركة الوجوه احدهما عامل في مال الآخر على هذا لا يحصل الاستحقاق بسبب المضاربة على خلاف القياس ولما لم يجز له الحاق غيره به بل يتقول الربح بستحق شرعا باحد المعاني الثلثة هذا العمل وان كان فيه ربح ما لم يضمن للاستحقاق شرعا بالعمل في الاجارة وعند يستحق اعتراض بعضهم بانه لو جاز ربح ما لم يضمن في العنان لشبهه بالمضاربة تبع الشركة بالعروض في العنان ولخل لما لم يجز فيها الا اذا يهلك الربح ما لم يضمن في عقد جعل مال الشركة عروضا وربح ما لم يضمن في مقابلة عمل المستحق في مال الآخر لا يلزم في اول الامر عند بيع العروض مستقرة الثمن فان قيل لا يجوز باعتبار تفصل العمل كما في الصنايع اجيب انما يجوز فيما يكون العمل في مال معلوم كما في العنان والمضاربة وهو جهالة هنا **فصل في الشركة الفاسدة** وجه تقدم الصحة على الفاسدة ظاهر **قوله** ولا تجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد وكذا الاحتشاش والتلدي وسوال الناس وما اصطاده كل واحد منهما او احتطبه او اخذه من الكنز فهو له دون صاحبه وعلى هذا الاشتراط في كل مباح كما خذ الكلا والثمار من الجبال كما جوز والتبن والعشق

وغيرها وكذا بين [illegible] او الحص او الملح او التبن او الكحل او المعدن او الكنوز الجاهلية وكذا اذا
اشتركا على ان يبيع من طين غيره مملوكا او مباحا اجرا ولو كان الطين مملوكا او سهلة الزجاج فاشتركا على ان يشتريا
ويطبخا ويبيعا جاز وهو شركة الصنايع وكذلك جايز عند مالك واحمد لان هذه شركة الابدان كالصانعين وبه قال
ابو داود عن ابن مسعود قال اشتركنا انا وسعد وعمار يوم بدر فلم اجئ انا وعمار بشئ وجاء سعد وما بسعير بن فاشرك
بينهم النبي صلى الله عليه وسلم اجيب بان الحنيفة معتومة بين الغانمين بحكم انه يمتنع ان يشتركوا هو في شئ مما خصوصه
وفعله عليه الصلاة والسلام اما استغل قبل القسمة او اعان فقيرا مخصص وهي قول بعض الشافعيه ان غنايم بدر كانت للنبي
صلى الله عليه وسلم يتصرف فيها كيف شاء ظاهر **قوله** لان امر الموكل به اي باحد المباح عنيد صحيح لعدم ملك والنيابه والوكيل يملكه
اي ملك المباح بدون امر الموكل ولا يصح لوكيل نيابة عن الموكل لان التوكيل لاثبات ولاية لم تكن ثابته للوكيل وهذا لم يوجد ههنا
فاذا لم تثبت الوكالة لم تثبت الشركة واستشكل بالتوكيل بشراء عبد بغير عينه فانه يجوز مع ان الوكيل يملك شراءه لنفسه
قبل التوكيل وبعده وحاصل الجواب ان الوكيل ليس قادرا باعتبار اخر وهو شغل ذمة الموكل بالثمن لان الوكالة فيها
ثبتت له ولاية ان يشغل ذمته به بعد ان لم يكن يقدر عليه وحاصل هذا ان التوكيل ما يوجب حقا على الموكل يتوقف
على اثبات الولاية عليه في ذلك والكلام في التوكيل بخلافه واما الوجه ان الشرع جعل سبب ملك المباح سبق اليد اليه
فاذا وكله به فانما استولى عليه سبق ملكه له ملك الموكل ولو قيد عليه هذا اذا استولى عليه بقصده لنفسه فاما اذا
قصد ذلك لغيره فلم يكون للغير بحجاب بان طلاق نحو قوله عليه الصلاة والسلام الناس شركاء في ثلاث لا فرق بين
قصد وقصد **قوله** فان اختاه جميعا يعني ترك خلطاه وباعاه فسمر الثمن على كيل او وزن ما لكل منهما وان لم يكن وزنيا وكيليا
قسم على قيمة ما كان لكل منهما وان لم يعرف مقدار ما كان لكل منهما صدق كل واحد الى النصف لانهما استويا في الاكتساب
وكان المكتسب في ايديهما فالظاهر انه بينهما نصفان والظاهر يشهد له بذلك فتقبل قوله ولا يصدق على الزيادة على
النصف الا ببينة لانه يدعي خلاف الظاهر وان اخذه احدهما ولم يعمل الاخر شيئا فهو للعامل لوجود السبب منه وان عمل احدهما
واعانه الاخر بان قلع احدهما وجمع الاخر وقلع احدهما وجمع والاخر حمله فللعامل اجرة مثله فيما بلغا ما بلغ عند محمد وعند ابي
يوسف ما لم يزد على نصف ثمن ذلك وقوله وقد عرف بخصوصه يعني في كتاب الشركة من المبسوط فانه ذكر فيه وجه قول كل منهما
فوجه قول محمد ان المسمى مجهول اذ لم يدر اي نوع من الحطب يصيبان وهل يصيبان شيئا اولا والرضى بالمجهول لغو
فسقط اعتبار رضاه بالنصف لجهالته وصار مستوفيا منافعه بعقد فاسد فله اجر مثله ما بلغ وابي يوسف
يقول بقول محمد فيما اذا لم يصيبا شيئا وفيما اذا اصابا انه ان كان اجر مثله اكثر فهو قد رضي بما دونه من النصف وكونه
مجهولا في الحال فهي حالة على شرف الزوال فانه على عرض ان يصير معلوما عند الجمع والبيع بخلاف ما اذا لم يصيبا شيئا
فان المسمى لا يمكن اعتباره لجهالته بالتفاضل حالا ومآلا فيجب حينئذ اجر المثل بالغا ما بلغ وقوله لا يجاوز به نصف الواحد
على البناء للمفعول وقوله نصف ثمن ذلك بالرفع لانه هو النائب عن الفاعل **فرع** لما كلب فارسلاه فاصاب
اصاب بينهما ولو كان لاحدهما دار فباعاه جميعا كان ما اصابه لا لكله **قوله** واذا اشتركا واحدهما بغل والاخر رواية
يستقي عليه الماء ويحمل بينهما لم تصح الشركة اعلم ان الرواية في الاصل هو الحمل الذي يحمل عليه الماء سمي به لانه يروي به ويقال
روية للقوم اذا سقيت لهم وكثر ذلك حتى قيل للمزاده وهي الجلود الثلاثه المصنوعة لنقل الماء فعلى الاول ان يكون
لهذا حمل والاخر بغل فاشتركوا على ان كل واحد منهما يؤاجر ما لكل واحد منهما وذلك باطل لان حاصل معنى هذا
ان كل واحد منهما باع منافع دابته ليكون ثمنه بينهما ومنافع دابتي على ان ثمنه بيننا ولو صرحا بهذا كان الشركة
فاسدة فكذا اذا اجر احدهما باجر معلوم صفقة واحدة في عمل معلوم منهم الاخر على مثل اجر البغل ومثل اجر الجمل لان
الشركة لما فسدت والاجارة صحيحة لانعقادها على منافع معلومة يدل عليه معلوم كان الاجر منقسما بينهما كذلك كما
ينقسم الثمن على قيمة المبيعين المختلفين بخلاف ما لو اشتركا على ان ينقلا الحمولات المعلومة باجرة معلومة
ولم يؤاجر البغل والجمل كانت صحيحة لانها شركة العمل والاجر بينهما بصفات ولا يتغير زيادة حمل الجمل على حمل
البغل كما لا يعتبر في شركة التقبيل زيادة عمل احدهما كصبغ احدهما الة الصبغ والاجر بينهما يعمل فيه اشتركا
على تعمل الاعمال ليعملا بتلك الآلة في ذلك البيت وان اجر البغل بعينه كان كل الاجر لصاحبه لانه هو العاقد

فلو

فلو اعانه الاخر على التحميل والنقل كما لو كان اجر مثله ٢ ايام ونصف الاجر على قول ابي يوسف ومحمد وكذا لو دفع
دابته الى رجل ليؤاجرها وما اطعم الله تعالى بينهما نصفان فان الاجر كله لصاحب الدابة وكذا في السفينة والبيت
لما بينا ان تقدير انه قال بع منافع دابتي لتكون الاجرة بيننا ثم الاجر كله لصاحب الدابة لان العاقد عقد العقد
على ملك صاحب الدابة بامره وللعاقد اجر مثله لانه لم يرض ان يعمل مجانا بخلاف ما لو دفع اليه دابة ليبيع
له طعاما للدفع اليه على ان الربح بينهما نصفان فان الشركة فاسدة والربح لصاحب الطعام ولصاحب الدابة
اجرة مثلها لان العامل استوفى منافع الدابة بعقد فاسد وكان عليه اجر مثلها والربح للعامل وهو صاحب الطعام
لانه كسب ماله وعلى الثاني ان يكون كهذا بغل وللاخر مراده فاشتركا على ان يسقيا الماء على البغل والشركة فاسدة
وهو ظاهر قول الشافعي وجه قال احمد والكسب كله للذي استقى وعليه اجر مثل المزادة لان صاحب البغل واجد
مثل البغل ان كان صاحب المزاده وجمع المزاده مزاد اما فساد الشركة فلا لانعقادها على احراز المباح وهو تحصيل
الماء لما وجوب الاجر فلان المباح قد صار ملكا للمحرز وهو المستقي وقد استوفى منافع ملك الغير بعقد فاسد فلزمه اجره
قوله وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر راس المال لما اخره كما لو احدهما مع العنن للاخر فالربح بينهما اثلاثا وان كانا
شرطا الربح بينهما نصفين بطل ذلك الشرط ولو كان لكل مثل مال الاخر وشرطا الربح اثلاثا بطل شرط التفاضل وانقسم نصفين
بينهما لان الربح في وجوده تابع للمال وانما طاب على التفاضل بالتسمية في العقد وقد بطلت بطلان العقد فينتفي
الاستحقاق على قدر راس المال المولد له ونظيره البذر في المزارعة والربح الزيادة **قوله** واذا مات احد
الشركين او ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة سواء ضة كانت او عنانا اذا افتقى بلحاقه على البناء
حتى لو عاد مسلما لم يكن بينهما شركة وان لم يقض القاضي بلحاقه انقطعت على سبيل التوقف بالاجماع فان عاد
مسلما قبل ان يحكم بلحاقه فهما على الشركة وان مات او قتل انقطعت ولو لم يلحق بدار الحرب انقطعت المفاوضة
على التوقف هل تصير عنانا عند ابي حنيفة كما وعندهما تبقى عنانا ذكره الولوالجي وانما بطلت الشركة بالموت
لانها تتضمن الوكالة اي مشروط ابتداؤها وبقاؤها لها ضرورة فانها لا تتحقق ابتداء وما الولاية التصرف
لكل منهما في مال الاخر وانما بقي الوكالة لا بقاء الولاية وبهذا التقرير اندفع السؤال القائل الوكالة تثبت
ولا يلزم من بطلان الاصل بطلانها بالاتفاق لانه موت حكمي على ما بيناه من قبل في باب احكام المرتدين ولا فرق
في ثبوت البطلان بين اذا علم الشريك بموت شريكه وعدمه لما بينا من قبل لا ينفذ تصرفات الاخر على الشريك
لانه عزل حكمي فان ملكه يتحول شرعا الى وارثه على ما مر وقته اولى فلا يمكن توقفه وقد نفذه الشرع حيث نقل
الملك خلافا لما ذا فسخ احد الشريكين الشركة وما لهما دراهم او دنانير حيث يتوقف على علم الاخر لانه عزل
قصدي لانه نوع محجر فيشترط عمله دفعا للضرر منه وتقييده بما اذا كان مال الشركة دراهم او دنانير لكونها
عروضا فلا رواية في ذلك عن اصحابنا وانما الرواية في المضاربة وهي ان رب المال اذا نهى المضارب
عن التصرف فان كان مال المضاربة دراهم او دنانير صح نهيه عنيرانه يصرف الدراهم بالدنانير ان كان راس
مال الشركة دنانير وعكسه فقط وان كان عروضا لم يصح نهي على الطحاوي في الشركة كالمضاربة فقال لا تنفسخ وبعض
المشايخ قالوا تنفسخ الشركة وان كان المال عروضا وهو المختار ومن فوائد الشركة والمضاربة بان مات
احد الشركين في ايديهما معا وولاية التصرف اليهما جميعا فيملك كل منهما صاحبه عن التصرف في ماله نقدا كان او عرضا
بخلاف مال المضاربة فانه بعد ما صار عروضا ثبت حق المضارب فيه لاستحقاقه ربحه وهو المفروز بالتصرف
فلا يملك رب المال نهيه **فرع** انكار الشركة فسخ وقوله لا على فسخ حتى لو عمل الاخر كان ضامنا بقيمة
نصيب شريكه وفي الخلاصة قال احد الشريكين لصاحبه انا اريد ان اشتري هذه الجارية لنفسي فسكت
فاشتراها لا تكون له ولو قال الوكل ذلك فسكت الموكل فاشتراها تكون له ثم عزله فقال ان الوكيل علم
عزل نفسه اذا علم الموكل رضي ام سخط بخلاف الشريك فان احد الشريكين لا يملك فسخ الشركة الا برضى صاحبه انتهى
وهذا غلط وقد صح ان زاد الشريك بانفسخ والمال عروض والتعليل الصحيح ما ذكر في التجنيس فان احد
المتفاوضين لا يملك تغيير موجب الامر من صاحبه وفي الرض احتمال يعني اذا كان ساكتا والمراد بموجبها وقوع

المشتري على الاحتمال المذكور ولا يخفى ما في هذا مما ذكرنا في الخلاصة في ثلاثة اشتركوا في شركة صحيحة وقد رووس اموالهم مختلفة واحد في ناحية من النواحي لشركتهم فتشارك الحاضران احدهما على ان ثلث الربح له والثلثين بينهما اثلاثا ثم شاء الحاضران وملئه الغائب فعمل المدفوع اليه بذلك المال سنين مع الحاضرين ثم حضر الغائب فلم يتكلم بشيء فاقتسموا ولم يزل يعمل منهم هذا الرابع حتى خسر المال او استهلكه فاراد الغائب ان يضمن شريكه الاضمان عليها وعمله بعده لك رضي بالشركة لان هذا اخص من السكوت السابق لما فيه من زيادة العمل **فصل** لما كانت احكام هذا الفصل تعدت عن الشركة اذ ليست من اجور التجارة هي والاسترباح افرده ها بفصل واخره **قوله** واذا اذن كل ان يودي زكاة ماله اذا حال الحول فما ادى وقد ادى الاذن المالك ضمن لشريكه ما اداه علم بالاداء او لم يعلم عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يضمن ما لم يعلم بادايه هكذا ذكر في كتاب الزكاة من المبسوط ونقل الولوالجي ان في بعض المواضع لا يضمن عندهما وان علم بادا المالك ونص في زيادات العتابي ان عندهما لا يضمن علم بادايه او لم يعلم وقال وهو الصحيح عندهما وعلى هذا الخلاف لو دفع ماله الى رجل ليكفر عنه فكفر الامر بنفسه ثم كفر المامور وعلى هذا المامور بادا الزكاة وهذا الخلاف فيما اذا ادى بالتعاقب فان ادى معا ضمن كل نصيب الاخر عندهما خلافا لابي حنيفة وعندهما لا يضمن ذكره في المبسوط وزيادات العتابي وعلل فيما نقل عن المبسوط بان زكاة كل منهما تقع عما اداه عن نفسه واداره يوجب عزل الوكيل والاخفى انه لا يفيد لانه بعد تسليم ان اداه يقتضي عزل الوكيل فهو لا ينعزل الا بعد العلم والكلام فيه وجه قولهما في خلاصة الكتاب انه اداه بالامر والاصل مع الامر الا يسال عما امره بادا ما هو زكاة لان التوكيل ليس هذا لان وقوعه زكاة تعلق بامر بين جهة الموكل كنيته واما يلزمه ما في وسعه وليس في وسعه الا الاداء ولهذا لو دفع الى رجل ليتصدق به دينا عليه ثم ادى الدافع الدين لا يضمن اذا دفع ولم يعلم وصار ايضا كدم الاحصار اذا ذبح المامور بعد زوال الاحصار والى حنيفة انه ادى ما مور بادا الزكاة والمودي بعد اداية لم يقع زكاة فصار مخالفا وهذا لان الظاهر ان الا يلزم الضرر بنقصان المال لدفع الضرر الديني وقد خلا اداؤه عن ذلك فصار بادايه معزولا علم او لم يعلم لانه عزل حكمي لا يتوقف على العلم بالعزل بالموت كما ذكرنا انفاقا واما اذا لزمته من المالين فقيل يمتنع تسليم الى حنيفة الجواب فيها بل قوله بالضمان فيها وقيل بل هو على الاتفاق والفرق ان الدين ليس واجب على الامر المحصر لانه يمكنه ان يصبر حتى يزول الاحصار او ادرك الحج اول يدركه وبفعل افعال فاتت وفي مسالتنا الاداء واجب فاعتبر الاستقاط مقصودا فيه واما مسالة الدين فالفرق انه امره بدفع مضمون الحج على الاحد وذلك ثابت وان كان الاخذ دينه وهذا لان العين الدين لا يمكن دفعه بل دفع ما هو مضمون على القابض ثم بصير الضمان بالضمان قصاصا وقد دفع ولم تفت لامكان الرجوع عليه بعد العلم بالقضا ولا يخفى انه لم يقع الجواب عن قولهما ليس في وسعه اتباعه زكاة فكان المامور به دفعه الى المصرف وقد وجد وكونه عزلا حكميا لهما ان يمنعاه لانه موقوف على كون الامر صحيح بدفعه عبد ابو قوعه زكاة وهو ممنوع وقد قيل لما امره بادا الزكاة كان ناويا لها فلو بادر الى الاداء وقع المامور به فلما اخر حتى ادى الامر كان بتاخيره مبتسبا لوقوعه غير زكاة ولا يخفى ما فيه **قوله** واذا اذن احد الشريكين لصاحبه ان يتصدق بجارية ويطيها ففعل وادى جميع ثمنها من مال الشركة فهي له بغير شيء عند ابي حنيفة وقالا يرجع عليه بنصف ما ادى لانه ادى دينا عليه من مال الشركة لان الملك فيها له خاصة كطعام اهله ولابي حنيفة ان الجارية دخلت في الشركة جبرا على الشركة موجب المفاوضة اذ لا يمكن تعيينه فكان كحال عدم الاذن ثم الاذن له بالوطي يتضمن هبة نصيبه منه اذ لا يحل الا في ملك والا يمكن اثباته بالبيع الصادر من البايع لاحد الشريكين لما بينا من عدم ملكهما بغير مقتضى العقد ولا من الشريك لعدم تعيين الثمن فكان هبة وان كان شايعا واستشكل بانه لو ثبت الملك حكما للاداء لكان قول الرجل احللت لك وطي هذه الامة تمليكا لها منه وهو منتف واجيب بالفرق بان الجارية المشتركة اقبل لتملك الشريك لها من الجارية التي لا يملك المخاطب بالاحلال شقصا منها ولذا كان لاحد الشريكين تملكها بالاستيلاد دون الاجنبي واما من له حق التملك كالاب والجد فالرواية غير محفوظة في تلك الجارية بالاصالة **كتاب الوقف**

مناسبته بالشركة ان كلا منها يراد استبقاء الاصل مع الانتفاع بالزيادة عليه **قوله** ان الاصل في الشركة مستفاد في ملك الانسان وفي الوقف مخرج عنه عند الاكثر ومحاسن الوقف ظاهرة وهي الانتفاع الدار الباقي على طبقات المحبوسين من الذرية والمحتاجين من الاحياء والموتى لما فيه من ادامة العمل الصالح كما في الحديث المعروف اذا مات ابن ادم انقطع عمله الا من ثلث صدقة جارية الحديث ثم يحتاج الى تفسيره لغة وشرعا وبيان سببه وشرطه وركنه وحكمه اما تفسيره لغة فالحبس مصدر وقفت اقف حبست قال عنترة وقفت فيها ناقتي فقالت **قوله** فدن الا تقضي حاجة المتحير وهو احد ما جاء فعلته مفعل يتعدى ولا يتعدى ويجتمعان في تولك وقفت زيدا او الحمار فوقف واما اوقفته بالثمرة طفحة رديئة وقال ابو الفتح ابن جني اخبرنا ابو علي الفارسي عن ابي بكر عن ابي العباس عن ابي عثمان المازني قال يقال وقفت داري وارضي ولا يعرف وقفت من كلام العرب ثم استشهد المصدر اما على الوقف **قوله** في الموقوف فقيل هو الدار وقف فلان جمع على اوقال فقيل وقف او خاف واما شرعا فحبس العين على ملك المالك والتصدق بمنفعة او صرف منفعة على من احب وعندهما حبس على ملك الله تعالى الى اخره وقد انتظم هذا بيان حكمه وسياتي تمامه ولا حاجة الى زيادته هنا ايضا وانما قلنا او صرف منفعة لان الوقف يصح لمن يجب من الاغنيا بالقصد القربة وهو وان كان لا بد في اخره من القربة لشرط التابيد وهو بذلك لا يقع قربة او مصالح المسجد لكنه يكون وقفا قبل انقراض الاغنيا بالتصدق وسببه ارادة محبوب النفس في الدنيا بتبر الاحيا وفي الاخرة بالتقرب الى رب الارباب جل وعز واما شرطه فهو الشرط في سايرالتبرعات من كونه حرا بالغا عاقلا او ان يكون منجزا غير معلق فلو قال ان قدم ولدي فداري صدقة موقوفة على المساكين في بلده لا يصير وقفا واما السلامة فليس بشرط ولو وقف الذمي على ولده ونسله وجعل اخره للمساكين جاز ويجوز ان يعطي المسلمين واهل الذمة وان خص في وقفه مساكين اهل الذمة جاز ويفرق على اليهود والنصارى والمجوس منهم الا ان خص صنفا منهم فلو دفع الثمن الى غيرهم كان ضامنا وان قلنا ان الكفر كله ملة واحدة وقف على ولده ونسله ثم للفقرا على ان اسلم ولده فمنه خارج من الصدقة لزم شرطه وكذا ان قال من انتقل الى غير النصرانية خرج اعتبر نص على ذلك الخصاف والاعلم احد من اهل المذهب تعقبه غير متاخر سمى الطرسوسي شيخ بانه جعل الكفر سبب الاستحقاق والاسلام سببا للحرمان وهذا للبعد من الفقه فان شرائط الواقف معتبرة اذا لم تخالف الشرع والواقف مالك له ان يجعل ماله حيث شا ما لم يكن معصيه وله ان يخص صنفا من الفقرا دون صنف وان كان الوضع في كلامهم قربة ولا شك ان التصدق على اهل الذمة قربة حتى جاز ان يدفع اليهم صدقة الفطر والكفارات عندنا دون صنف فكيف لا يعتبر شرطه في صنف دون صنف من الفقرا ارايت لو وقف على فقرا اهل الذمة ولم يذكر غيرهم اليس يحرم منه فقرا المسلمين ولو دفع المتولي الى المسلمين كان ضامنا فهذا شاهد والاسلام ليس سببا للحرمان لعدم تحقق سبب تملكه هذا المال والسبب هو اعطا الواقف المالك وشرط صحته وقفه ان يكون قربة عندنا وعندهم فلو وقف على بيعه مثلا فاذا خرب يكون للفقرا كان للفقرا ابتدا ولو لم يجعل اخره للفقرا كان ميراثا عنه نص عليه الخصاف في وقفه ولم يحك خلافا ومعلوم خلاف ابي حنيفة في الوصية فانه اذا شرط ان يكون قربة عندهم فقال صاحب المحيط الوقف كالوصية ولو انكر شهد عليه وسبان بعدان في ملتهم قضا عليه بالوقف ولو وقف على ان يحج به او يعتمر لم يجز لانه ليس قربة عندهم بخلاف ما لو وقف على مسجد بيت المقدس فانه يجوز لانه قربة عندنا وعندهم واما المرتد اذا وقف حال ردته لمني قول ابي حنيفة هو موقوف ان قتل على ردته او مات بطل وقفه وقول محمد اذا اتصل به ما جاز منه ما يجيزه على اهل ذلك الدين اما المرتد فابو حنيفة يجيز وقفه اهنا لا لانه لا يقتل واما المسلم اذا وقف وقفا صحيحا في ارضه كان ثم ارتد بيطل الوقف وليصير ميراثا سوا قتل على ردته او مات او عاد الى الاسلام الا ان عاد الوقف بعد عوده الى الاسلام وحكى الخصاف في وقف المرتد ثم حلا فاسر اصحابنا عنه على الخلاف في الذمي يترتد فيهود يا او نصرانيا او مجوسيا فال بعضهم امره على ما اختاره وافر الجزية عليه لان اخذته بالرجوع فانا اراده من كفره الى كفر وهو ادرى بذلك وقال بعضهم تاخره الى الردة

واما الصابئة فان كانوا دهرية ينكرون ما يهلكنا الا الدهر فهم صنف من الزنادقة وان كانوا ينكرون بقول اهل الكتاب صح من وقوفهم ما يصح من وقوف اهل الذمة وجميع اهل الاهواء بعد كونهم من اهل القبلة حكم وقفهم ووصاياهم حكم اهل الاسلام الا ترى انها تقبل شهاداتهم على المسلمين فهذا حكمهم باسلامهم واما الخطابية فانا لم نقبل انهم يشهد بعضهم لبعض بالزور وعلى من خالفهم وقيل كانهم يتدينون صدق المدعي اذا حلف انه محق ومن الشروط الملك وقت الوقف حتى لو غصب ارضا فوقفها ثم اشتراها من مالكها ودفع ثمنها اليه او صالح على ماله ودفعه اليه لا يكون وقفا لانه انما ملكها بعد ان وقفها هذا على انه هو الواقف اما لو وقف ضيعة غير مشاع على جهات فبلغ العشر فاجابه جاز بشرط الحكم والتسليم او عدمه على الخلاف الذي سنذكره وهذا هو المراد بجواز وقف المشاع وسيأتيك فروع اخر مبنية على هذا الشرط ومن شروطه ان لا يكون محجورا عليه حتى لو حجر القاضي عليه لسفه او دين فوقف ارضا له مجوز لان حجره كما لا يخرج ماله عن ملكه ليضر بارباب الديون او بنفسه فتر جهله لا تستطاع ان يصح على قول ابي يوسف وهو الصحيح عند المحققين وعند الكل اذا حكم به حاكم هذا واما عدم تعلق حق الغير كالرهن والاجارة فليس بشرط فلو اجر ارضا عامين فوقفها قبل مضيهما لزم الوقف بشرطه فلا يبطل عقد الاجارة فاذا انقضت المدة رجعت الارض الى ما جعلها له من الحبس وكذا لو رهن ارضه ثم وقفها قبل ان يفتكها لزم الوقف ولا يخرج عن الرهن بذلك ولو اقامت سنين في يد المرتهن فافتكها تعود الى الجهة فلو مات قبل الافتكاك وترك قدر ما يفتك به افتك ولزم الوقف وان لم يترك وفا بيعة وبطل الوقف وفي الاجارة اذا مات احد المتاخرين تبطل وتصير وقفا واما شرطه الخاص فخروجه عن الملك عند ابي حنيفة الا ضافة الى ما بعد الموت وهو الوصية به او ان يلحقه حكم به وعند ابي يوسف لا يشترط سوى كون المحل قابلا له من كونه عقارا ودارا وعند محمد ذلك مع كونه مؤبدا مفسوما غير مشاع فيما يحتمل القسمة وسلما الى متولي واما دكنه فالالفاظ الخاصة كان يقول ارضي هذه صدقة موقوفة مؤبدة على المساكين والخلاف في ثبوته بهذا اللفظ بعد شروطه ولا بأس ان نبسوق شيئا من الالفاظ ارضي هذه صدقة او قال تصدقت بارضي هذه على المساكين لا يكون وقفا بل نذرا يوجب التصدق بعينها او بقيمتها فان فعل خرج عن عهدة النذر والا ورثت عنه لمن عليه زكوة او كفارة فان بلا ايها تورث عنه وموقوفه فقط لا يصح الا عند ابي يوسف فانه يجعلها بمجرد هذا اللفظ وقفا على الفقراء او هو قول عثمان البتي واذا كان سبيل الخصوص المصرف اعني الفقراء لزم كونه مؤبدا لان جهة الفقراء لا تنقطع قال الصدر الشهيد ومشايخ بلخ يفتون بقول ابي يوسف ونحن نفتي بقوله ايضا لما كان العرف ولهذا يندفع هلال قول ابي يوسف بان الوقف يكون على الغني والفقير ولم يبين فيبطل لان العرف اذا كان يصرفه للفقراء كان كالتنصيص عليهم فلو قال موقوفه على الفقراء حمل عند هلال ايضا لزوال الاحتمال بالتنصيص على الفقراء بخلاف قوله محبوسه او حبس ولو كان في حبس مثل هذا العرف يجب ان يكون كقوله موقوفه ولذا اذا قال للسبيل ان نفاء رفوه وقفا مؤبدا للفقراء كان كذلك والا سبيل فان قال اردت الوقف ما دام وقفا لانه يحتمل لفظه وقال اردت معنى صدقه فهو نذر فيتصدق بها او بقيمتها وان لم يكن كانت ميراثا ذكره في النوازل وقال في قوله جعلتها للفقراء ان نفاء رفوه وقفا على ما ذكرنا والا سبيل فان اراد الوقف فهي وقف او الصدقة فهو نذر وهذا عند عدم النية لانه احق فاتيانه به عند الاجتماع اولى واعترضه في فتاوى الخاصي بانه لا فرق بينهما وذكر في احد ما اذا لم تكن له نية يكون ميراثا والاخير ان كونه ميراثا لا ينافي كونه نذرا لان المنذور به اذا مات الناذر ولم يوف بنذره يكون ميراثا الا انه اقصر عن تمام التفصيل في احدهما والا فلا شك ان في كل منهما اذا لم يكن له نية يكون نذرا فان مات ولم يتصدق به والبقية يكون ميراثا ولو قال صدقة موقوفه فهلال وابو يوسف وغيرهما على صحته لانه لما كان صدقة عرف مصرفه والنبي بقوله احتمال كونه نذرا ولذلك حبيس صدقة ولذلك صدقة محرمة قيل ومحرمة ممنوعة وقوع هي معروفة عندهما لجواز خلاف ما لو قال حبيس او محبوسه موقوفه لانه صحيح موقوفه فكان كافراده لفظ موقوفه وفي النوازل لو قال جعلت نزل كرمي وقفا وفيه ثمرا وابصبا الكرم وقفا وكذا لو قال جعلت غلته وقفا صحيحا للكلام ما لم يكن كانه قال جعلت كرمي بما فيه وقفا وينبغي ان لا يدخل الثمر لما سنذكر

ولو زاد متصل صدقه موقوفه على الفقراء ينبغي ان لا يختلف فيه كما لو قال مع ذلك مؤبدا وهو موضع اتفاق مجزي الوقف على انها العبارة الوافية الا ان قوله في الاسرار لو لم يقل مؤبدا كان وقفا على قول عامة من يجيز الوقف يفيدان فيه خلافا ولا ينبغي فان التابيد ان يجعله في اول الامر او اخره لجهة لا تنقطع وجعله للفقراء يفيد ذلك وقوله موقوفا لله تعالى بمنزلة صدقه موقوفه **قوله** قالا ابو حنيفة رحمه الله لا يزول ملك الواقف عن الوقف الا ان يحكم به حاكم اي يخرجه عن ملكه او يعلقه ان يعلق الوقف بموته فيقول اذا مت فقد وقفت داري على كذا وقال ابو يوسف يزول بمجرد القول الذي قدمناه حتى لو قال الواقف به وقال محمد لا يزول حتى يجعل الوقف متوليا ويسلمه اليه بعد ذلك القول به اخذ مشايخ بخارى واذا لم يزل عند ابي حنيفة قبل الحكم يكون موجب القول المذكور حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة وحقيقة ليس له التصدق بالمنفعة ولفظ حبس على اخره معنى له ان له بيعه متى شاء وملكه مسترفيه كما لو لم يتصدق بمنفعته فلم يحدث الوقف الا في حق التصدق بمنفعته وله ان يترك ذلك متى شاء وهذا القدر كان ثابتا له قبل الوقف بلا ذكر لفظ فلم يفد لفظ الوقف شيئا وهذا معنى ما ذكر في المبسوط من قوله كان ابو حنيفة لا يجيز الوقف وهو ما اراد المصنف بقوله وهو الملفوظ في الاصل معنى في المبسوط وحينئذ فقول من اخذ بظاهر هذا اللفظ قال الوقف عند ابي حنيفة لا يجوز صحيح لانه ظهر انه لم يثبت به قبل الحكم حكم له يكون واذا لم يكن له اثر زايد على ما كان كالمعدوم فالجواز والفساد والصحة فرع اعتبار الوجود ومعلوم ان قوله لا يجوز لا يجيز ليس المراد التلفظ بلفظ الوقف بل الاحكام التي ذكرت عنه انها احكام مذكر الوقف ولا خلاف ان ابا حنيفة قال لا يجيز الوقف اي لا تثبت الاحكام كالتي ذكرت له الا ان يحكم فيها حاكم وقوله منزلة العارية لانه ليس حقيقة العارية لانه ان لم يسلمه الى غيره فلا هو وان اخرجه الى غيره فذلك الغير ليس هو المستوفي لمنافعه **فرع** يثبت الوقف بالضرورة وصورته ان يوصي بغلة هذه الدار للمساكين ابدا او للفلان وبعده للمساكين ابدا فان هذه الدار تصير وقفا بالضرورة والوجه انه لو لم يكن له اذا مت فقد وقفت داري على كذا قال المصنف رحمه الله وعندهما حبس العين على حكم الله تعالى فيزول ملك الواقف عنها الى الله تعالى على وجه تعود منفعته الى العباد والمخفي انه لا حاجة سوى الى قوله يزول ملكه على وجه محبس على وجه منفعة العباد وان ملك الله تعالى في الاشياء لم يزل قط وانما الى العبارة المحيدة قول قاضي خان الا ان عند ابي يوسف ومحمد اذا صح الوقف يزول ملك الواقف الى الله تعالى وانما يزول ملكه عن الموقوف عليه ان كان اهلا للملك كالمشاع السايبة وعند مالك هو حبس العين على حكم ملك الواقف فلا يزول عنه ملكه لكن لا يباع ولا يورث ولا يوهب وذكر بعض الشافعية ان هذا قول احد الشافعي عليه السلام قال حبس الاصل وسبل الثمرة انتهى وهذا احسن الاقوال فان خلاف الاصل والقياس ثابت في كل من القولين وهو جزء جزء الى مالك وثبوت ملكه او ملك غيره فيه مع منفعة من بيعه وهبته وكل منهما له نظير في الشرع فمن الاول المسجد وغيره ومن الثاني لم الولد للملك في السائبة والمتوهب والمتورث وكذا المدبر المطلق عندنا فكل منهما يمكن ان يتبع بالدليل ولا شك ان ملك الواقف كان متيقنا الثبوت والمعلوم بالوقف من شرطه عدم البيع ونحوه فليثبت ذلك القدر فقط وسمي الباقي على ما كان حتى يتحقق المزيل ولم يتحقق فان الذي في الحديث في بعض الروايات تصدق باصله مع انه ليس على ظاهره والا لخرج الى ملك الله تعالى اذ لم يتزايا غيره بينه بقوله لان ثبت جاست اصلا وتصدقت بها اي بالثمرة او الغلة وظاهره حبسها على ما كان فلم يخلص الى ما يوجب الخروج عن الملك وكذا الغني الذي استدل به المصنف وهو قوله لا يجوز لا يجيز ليس المراد التلفظ بلفظ الوقف بل الاحكام التي ذكرت عنه انها احكام مذكر الوقف ولا خلاف ان ابا حنيفة قال لا يجيز الوقف اي لا تثبت الاحكام كالتي ذكرت له الا ان يحكم فيها حاكم وقوله منزلة العارية لانه ليس حقيقة العارية لانه ان لم يسلمه الى غيره فلا هو وان اخرجه الى غيره فذلك الغير ليس هو المستوفي لمنافعه **فرع** يثبت الوقف بالضرورة وصورته ان يوصي بغلة هذه الدار للمساكين ابدا او لفلان وبعده للمساكين ابدا فان هذه الدار تصير وقفا بالضرورة والوجه انه لو لم يكن له اذا مت فقد وقفت داري على كذا قال المصنف رحمه الله وعندهما حبس العين على حكم الله تعالى فيزول ملكه عن

ان يحمل تصدق على معنى حبس وهو قول ابي حنيفة وجه الدفع يحبس على الملك شرعا واذا حبس عليه شرعا امتنع بيعه
وصورة حكم الحاكم الذي به يزول الملك عنده ان يساله الى متولي نظر يظهر له الرجوع فيما وصاه له القاضي فينفق القاضي
بلزومه فان خاف الواقف ان يبيعه قاضي قبل ان يحكم به يكتب في صك فاذا ابطله او غيره قاضي فهو الاصل
باطلا وجميع ما فيه وصية من فلان الواقف تباع وتصدق بثمنها لا نفاذا كتب هذا لا يخالم احد في ابطاله لعدم الفائدة
له في ذلك والوصية تحتمل التعليق بالشرط واذا ابطله قاضي ليصير وصيه تعتبر من جميع ماله كذا في فتاوى قاضي
خان وينبغي ان يكون اذا وقف في صحته اما اذا كان وقف في مرضه فينبغي ان يعتبر من الثلث وعلى هذا التغيير
فقد يكون في نقضه وبيعه فائدة للورثة فتحمل ما ذكر اذا لم يكن وقف في الصحة او كان يخرج من الثلث **قوله**
واللفظ ينتظمهما اي لفظ الوقف يصدق مع كل من زوال الملك وعدمه اذ ليس من مقتضيات لفظ وقفت داري
او حبستها خروجها عن الملك فيصدق مع كل منهما في الترجيح الى ترجيح الخروج وعدمه بالدليل ولا يخفى ان الادلة المذكورة
من قبل انما تفيد الدوام لا الخروج عن الملك ومن قبله يفيد نفي كل منهما فلا دليل من الجانبين يفيد تمام المطلوب ثم ابتدا
بدليلهما فذكر حديث شمع وهو بالثاء المثلثة المفتوحة بعدها ميم ساكنة ثم غين معجمة وذكر الشيخ حافظ الدين انه
بالتنوين للعلمية والتانيث وفي غاية البيان انها في كتب غرايب الحديث المصحف عند الثقات منونا وغير
منون كما في دعد قال محمد بن الحسن في الاصل اخبرنا اصحابنا عن جويرية عن نافع عن عبد الله بن عمر ان عمر ابن الخطاب
كان له ارض يقال لها ثمغ وكان نخلا نفيسا قال فقال يا رسول الله اني استفدت مالا هو عندي نفيس فتصدق به فقال
رسول الله صلى الله عليه وسلم تصدق باصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن ينفق ثمرته فتصدق به عمر في سبيل الله وفي الرقاب
والضيف والمساكين ولذي القربى لا جناح على من وليه ان ياكل منه بالمعروف او يوكل صديقا غير متمول فيه ورواه محمد
هذا في الصحيحين وباقي الكتب الستة عن ابن عمر قال اصاب عمر رضي الله عنه ارضا بخيبر فاتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال
اصبت ارضا لم اصب مالا قط انفس منه فكيف تامرني به فقال ان شئت حبست اصلها وتصدقت بها فتصدق بها عمر
لا يباع اصلها ولا يوهب ولا يورث في الفقراء والقربى والرقاب وفي سبيل الله والضيف الحديث وفي بعض طرق البخاري
فقال عليه الصلاة والسلام تصدق باصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن ينفق ثمرته ثم استدل بالمعنى وهو قوله ولان
الحاجة ماسة الى ان يلزم الوقف لحاجته الى ان يصل ثوابه اليه على الدوام وقد اشار الشرع الى اعمال ما يدفع هذه
الحاجة فيما روى الترمذي بسنده الى ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا مات ابن ادم انقطع عمله الا من
ثلث صدقة جارية وعلم ينتفع به وولد صالح يدعو له وبالطرق الى تحقيق دفع هذه الحاجة واثبات هذه الصدقة
الجارية الا لزومه وتقرير المصنف بانه تحققت حاجته استمداد وصول ثوابه ويمكن باسقاط ملكه فيسقط
ظاهر المنع اذا لم يتعين لذلك بسقوط الملك طريقا بل تحقق بالحكم بلزومه فلم يلزم زوال الملك من هذا التعيين
فلا يقدح فيما رجحنا من الاقوال فيما مضى نقرير على تقدير ان يحصل مطلوبهما لانه اذا ثبت الدلالة على لزومه خرج عن
ملكه بوافقتنا له على ذلك لا عتقاد الثلاثة رحمهم الله التلازم بين اللزوم والخروج عن ملكه وقوله كالمسجد
نظير ما خرج عن الملك بالاجماع الا على مالك وكذا الاعتاق ويجيب بالفرق بين المسجد العتيق ومطلق الوقف
قوله وله اي لابي حنيفة رضي الله قوله صلى الله عليه وسلم لا حبس عن فرايض الله اسند الطحاوي في شرح معاني الآثار
الى عكرمة عن ابن عباس قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ما انزلت سورة النساء انزل فيها الفرايض ثم
عنا لحبس ورويت هذا الحديث الدارقطني وفيه عبد الله بن لهيعة عن اخيه وضعفوهما ورواه ابن ابي شيبة
موقوفا على علي ثنا هشيم عن اسماعيل ابن ابي خالد عن الشعبي قال قال علي رضي الله عنه لا حبس عن فرايض الله تعالى
الا ما كان من سلاح او كراع وينبغي ان يكون لهذا الموقوف حكم المرفوع لانه بعد ان علم ثبوت الوقف ولذا استثنى
الكراع والسلاح لا يتامل الا سماعا والا فلا يحل والشعبي ادرك عليا ورواية عنه في البخاري ثابتة واما حديث
شريح فرواه ابن ابي شيبة في البيوع ثنا وكيع وابن ابي زايدة عن مسعود عن ابن عون عن شريح قال جاء محمد
صلى الله عليه وسلم ببيع الحبس واخرجه البيهقي وشريح من كبار التابعين وقد رفع الحديث فهو حديث مرسل يحتج به من يحتج
بالمرسل **قوله** والملك لله الى اخره ظاهر مصادرة بجعله الدعوى جزء الدليل والاولى انه انما ذكر ليصل الدليل بالدعوى

وتقريره

وتقريره ان حقوق العباد لم تنقطع عنه حتى جاز الانتفاع به ذراعة وسكنى بغير الواقف وتعلق حقوق العباد
بالعين اثر ثبوت ملكهم فيها على ما هو الاصل اما ان يكون ذلك الملك بغير الواقف او له والثاني باطل لانه لا يكون ملكا
لغيره من العباد فوجب ان يكون ملكا للواقف وكذا الاستيضاح بنصب القدام وصرف غلاته بحسب الاصل يكون
من ملكه للعين الا ان يوجب موجب الامر له حزوجه عن ملكه وان تصرفه بولاية غير الملك ولم تثبت ذلك ثم
شرع في العرف وحاصله ان المسجد جعل لله على الخلوص بحيث زال عن ان ملك العباد فيه شيا غير العبادة فيه وما كان
كذلك خرج عن ملك الخلق اجمعين اصله الكعبة والوقف غير المسجد ليس كذلك بل ينتفع بعينه زراعة وسكنى وغيرها
كما ينتفع بالمملوكات وما كان كذلك ليس كالمسجد فيلحق بالكعبة كما الحق المسجد بها واعطاء قضية كون الحاصل منه
صدقة دائمة عن الواقف ان يكون ملكه باقيا اذ التصدق بلا ملك فاقتضى قيام الملك فاما الاعتاق فاتلاف
للمملوك بالكلية وليس الوقف كذلك وجواب شرطي الاية ان الاولى ما لا يتغير مملوك واما عرض فيه المملوكية
وبالاعتاق يعود على ما كان بخلاف ما سواه فانه خلقت للتملك فبالوقف لا تعود الى اصل هو عدم المملوكية بل الى الحبس
على ملكه والتصدق بالمنفعة وهذا حق وبيد ما اخرنا من عدم الخروج عن ملكه لكن لما حنيفة بجعل عدم
الخروج ملزوما للعدم لزومه صدقة او براو ليس كذلك بل هما متكافان كما ذكرنا من ام الولد والمدبر والحق ترجح
قول ائمتنا العلما بلزومه لان الاحاديث والاثار متظافرة على ذلك قوله كما صح من قوله عليه السلام لا يباع ولا يوهب
ولا يورث الى اخره وتكرر هذا في احاديث كثيرة واستمر عمل الامة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم على ذلك
اولها صدقة رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم صدقة ابي بكر وعمر وعثمان وعلي والزبير ومعاذ ابن جبل وزيد بن
ثابت وعايشة واسما ام سلمة وام حبيبة وصفية بنت حيي وسعد بن ابي وقاص وخالد ابن الوليد وجابر
ابن عبد الله وعقبة ابن عامر وابي ارروى الدوسي وعبد الله ابن الزبير كل هؤلاء من الصحابة ثم التابعين بعدهم
كلا بروايات وتوارث الناس اجمعون ذلك فلا تعارض بمثل الحديث الذي ذكره على معنى حديث شريح بيان نسخ
ما كان في الجاهلية من الحبس ونحوه وبالجملة فلا يبعد ان يكون اجماع الصحابة العملي ومن بعدهم متواترا على خلاف
قوله فلذا ترجح خلافه وقد ذكر بعض المشايخ ان الفتوى على قول **قوله** واما تعليقه بالموت فالصحيح انه لا يزول
ملكه لانه تصدق بمنافعه موبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع موبدا فيلزم وان لم يخرج عن ملكه لانه بمنزلة
اذا لم ينفذ التصرف فيه ببيع ونحوه لما يلزم من ابطال الوصية وعلى هذا فله ان يرجع قبل موته كسايرالوصايا
وانما كان هذا هو الصحيح لما يلزم على مقابله من جواز تعليق الوقف والوقف لا يقبل التعليق بالشرط ولذا قالوا
اذا مات من مرض هذا فقد وقفت ارضي فلان اخرى فمات لم تصر وقفا وله ان يبيعها قبل الموت بخلاف ما لو
قال اذا مت فقد جعلتها وقفا فانه يجوز لانه تعليق التوكيل لا تعليق الوقف نفسه وهذا لان الوقف بمنزلة تمليك
العين من الموقوف عليه والتمليكات لا تتعلق بالخطر وعن محمد رحمه الله في السير الكبير ان الوقف اذا اضيف
الى ما بعد الموت يكون باطلا وهذا ايضا عند ابي حنيفة وعلى ما عرفت بان صحته اذا اضيف الى ما بعد الموت يكون
باعتباره وصية قالوا لو قال داري هذه موقوفة على مصالح مسجد كذا بعد موتي صح وله الرجوع لان الوقف
بعد الموت وصية والوصية تصح الرجوع عنها اما لو قال ان قدم فلان الذي قدم والذي فعل ان انفق هذه الدار على ابن السبيل
فقدم فلان ومضى ذلك يجب الوفاء به فان وقفه على ولده وغيره ممن لا يجوز دفع زكاته اليهم جاز في الحكم ونذره
بان وان وقفه على غيرهم يسقط لان غيرهم ليس بمثله نفسه وسبيل المعطى له النذر لغو فما ثبت بالنذر
بالوقف فهو كفعل كل من ليس كنفسه فان قلت ينبغي ان لا يصح النذر بالوقف لانه ليس من جنس واجب فانه يجب
ان يتخذ الامام للمسلمين وقف مسجدا من بيت المال او من حالم ان لم يكن لهم بيت مال ولو قال ان ثبت ثم قال ثبت
كان باطلا للتعليق اما لو قال ثبت وجعلنا صدقته صح بهذا الكلام المتصل بخلاف ما لو قال ان كانت هذه الدار
في ملكي فهي صدقة موقوفة فظهر انها كانت في ملكه وقت الحكم فانها تصير وقفا لانه تعليق على امر كائن
والتعليق على امر كائن تنجيز والمراد بالحاكم يعني في قوله ويحكم به حاكم القاضي واما المحكم فنبه اختلاف المشايخ
والصحيح انه لا يرفع الخلاف فللقاضي ان يبطل الوقف بعد حكمه **قوله** ولو وقف في مرض الموت قال الطحاوي

هو الوصية بعد الموت حتى يلزم بعد الموت لان تصرفات المريض في مرض الموت في الحكم كالمضاف اليها بعد الموت حتى يعتبر من ثلث ماله والصحيح انه لا يلزم عند ابي حنيفة الا ان يحكم به فله بيعه ويورث عنه اذا مات قبل الحكم الا ان تجيز الورثة وعندهما يلزم الا انه من الثلث لتعلق حق الورثة بعلا نه في الصحة وفي فتاوى قاضي خان مريض وقف وعليه دين يحيط بماله يباع وينقض الوقف كالو وقف داره ثم حبا الشفيع كان له ان يأخذها بالشفعة وينقض الوقف انتهى من غير تعييد بكونه ذلك قبل الحكم وهذا خلاف ما لو وقف الدين الصحيح وعليه دين يحيط بماله فان وقفه لا زم لا ينقضه ارباب الدين اذا كان قبل الحجر بالافلاس لانه لم يتعلق حقهم بالعين في حال صحته **قوله** واذا كان الملك يزول عنده بما يزول بالقول عند ابي يوسف وهو قول الائمة الثلاثة وقول اكثر اهل العلم لانه اسقاط الملك كالعتق وعند محمد لا بد لزواله من التسليم الى المتولي لان الوقف ان لم يصر حقا لله وحقه اما ثبت مسلما بد من التسليم للعبد وهذا لان الوقف تمليك لله تعالى والتمليك منه وهو مالك الاشياء لا يتحقق مقصودا وقد تحقق تبعا لغيره فيأخذ فينزل منزلة الزكوة والصدقة المجزءة ولا يخفى ان التمليك لله تعالى لا يتحقق مقصودا وانما لله تحصيل الحاصل المستلزم لامور جب اعتباره حتى يحتاج الى مكلف يوجهه لان غاية ما يوجبه الدليل اما خروج الملك عند الوقف لا الى احد وتوجه الخطاب بصرف غلته الى من وقف عليه او توجه الخطاب بذلك مع بقاء الملك فاذا فعل خرج من عهدة الواجب كما هو في سائر الواجبات المالية من غير زيادة تكلف اعتبارا خذ ثم يكفي ان لا يلاحظ تسليما لمستحق تسليما اليه تعالى لانه تعالى جعل نائبه في قبض حقه وذلك لقبض المستحق كالزكوة ويكفي ان لا يلاحظ شيئا من ذلك بل المقصود ليس الا فعل ما وجب بالوقف فلو كان قول ابي يوسف اوجه عند المحققين وفي المنية الفتوى على قول ابي يوسف وهذا قول مشايخ بلخ واما البخاريون فاخذوا بقول محمد رحمه الله كما تقدم وفي المبسوط وكان القاضي ابو احمد يقول قول ابي يوسف من حيث المعنى اقوى الا انه قال وقول محمد اوفق لي موافقة الاثار ومعنى ما روي انه عمر جعل وقفه في يد صفته وغير ذلك ورده في المبسوط بانه لا يلزم كونه فعله ليتم الوقف بل لشغله وخوف التقصير في امره ولذا جعل من ينصب المتولين لا لحظوله غير تفويض نفسه من امره واما قول محمد رحمه الله لو تم قبل المتولي صارت يد الواقف مستحقة عليه والتبرع لا يصلح سببا لاستحقاق على المتبرع فجوابه منع ذلك بان المتبرع بالسبب الموجب لخروج ما في يده يوجب عليه استحقاق يده كحق العبد الكائن في يد سيده المعتق له والنادر بالعين الكائنة في يده هي وقيمتها توجب عليه اخراج احدهما من يده وهذه امور شرعية لا تقبل ومبنى على هذا الخلاف ما ذكر من ان الواقف اذا شرط الولاية في عزل القوام والاستبدال بهم لنفسه وولاده واجره من بده وسلمه الى متولي فهذا جائز نص عليه في السير الكبير لان هذا شرط لا يخل بشرائط الوقف ولم يشرط ذلك لنفسه واجره من يده الى قيم قال محمد لا ولاية له والولاية للقيم وكذا لو مات وله وصي ولا ولاية لوصيه والولاية للقيم ولو اراد الواقف ان يعزل القيم ويرده لنفسه او لولي غيره ليس له ذلك وقال ابو يوسف الولاية للواقف وله ان يعزل القيم في حياته ويولي غيره او يرد النظر الى نفسه واذا مات الواقف تبطل ولاية القيم لانه بمنزلة الوكيل عنده وهذا الخلاف بنائي على ان عند محمد لا يصح الوقف الا بالتسليم الى القيم فلا يكون للواقف ولاية وعند ابي يوسف بدون التسليم الى القيم تم الوقف فاذا سلم الى قيم كان وكيله وله ان يعزله وينعزل بموته الا اذا جعله قيما بعد موته وبعد موته وكذا يبقى عليه ما لو قال هذه الشجرة للمسجد لا يصير للمسجد حتى يسلمها الى قيم المسجد **قوله** واذا خرج الوقف خرج من ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه فهذا مذهب عامة العلماء الا ما روي عن ابي حنيفة وابي احمد انه يدخل في ملك الموقوف عليه اذا كان اهلا للملك الا انه لا يباع ولا يملك والمختار الاول لانه لو دخل في ملكه تقرر انتقل عنه بشرط الملك الذي هو الواقف لانه لا ملك له فيه بل متعلق بالانتفاع على حكم قوله ثم من بعد ولان على هذا ثم قال المصنف وقوله اي الغزوري خرج عن ملك الواقف لا يجب ان يكون قولهما لان الصحة غير اللزوم وهو لم يقل اذا لزم خرج من ملك الواقف ليكون على قولنا بل قال اذا صح وصحة العقد لا يستلزم اللزوم بل يختلف باختلاف احكام العقود فقد يكون عقد حكمه اللزوم كالبيع والاجارة وقد

يكون

يكون حكمه غير اللزوم كالعارية والظاهر انه يجوز بالصحة عن اللزوم **قوله** ووقف المشاع جائز عند ابي يوسف وعند محمد لا يجوز والخلاف مبني على الخلاف في اشتراط تسليم الوقف فلما شرطه محمد قال بعدم صحة المشاع لان القسمة من تمام القبض ولا بد من القبض فوجب وعند ابي يوسف لا يشترط قبض المتولي فلا يشترط ما هو من تمامه لما اخذ بقول ابي يوسف في جزء وجه لمجرد اللفظ وهم مشايخ بلخ اخذ بقوله في هذه ومن اخذ بقول محمد في ذلك وهم مشايخ بخارى اخذ بقوله في وقف المشاع واما الحاق محمد رحمه الله بالهبة والصدقة المقبوضة في الحاق فانها لا تكون شائعا فكذا الصدقة المستثنة فعورف ابو يوسف بان اشتراط القبض في ذلك لما فيه من التمليك للغير واما الوقف فليس فيه تمليك من الغير حتى يشترط قبضه واما هو اسقاط الملك بلا تمليك فلا يرد العتق والطلاق فلا يوجب اشتراط القسمة فيه والحاصل ان المشاع اما ان يحتمل القسمة او لا يحتمل فيما يحتمل اجاز ابو يوسف وقفه الا المسجد والمقبرة والخان والسقاية ومنعه محمد رحمه الله مطلقا وفيما لا يحتمل اتفقوا على اجازة وقفه الا المسجد والمقبرة فقد الاتفاق على عدم جعل المشاع مسجدا او مقبرة مطلقا اي سواء كان مما لا يحتمل القسمة او يحتمل والخلاف مبني على اشتراط القبض والتسليم وعدمه فلما لم يشترطه ابو يوسف اجاز وقفه ولما شرطه محمد منعه وان الشيوع وان لم يمنع من التسليم والقبض الا ترى ان الشايع كان متبوضا له قبل ان يقفه لكن يمنع من ان يقسم وانما استظهر باتمام القبض عند عدم الامكان وذلك فيما لا يحتمل القسمة او يحتمل قبل الوقف فان الاشاعة كالبيت الصغير والحمام فانه تحقق التسليم في الجملة واما اتفقوا على منع وقف المشاع مطلقا مسجدا او مقبرة لان الشيوع يمنع خلوص الحق لله تعالى والان جوان وقف المشاع فيما يحتمل القسمة يحتاج فيه الى القسمة ويودي الى ان يودي فيه الى امر مستقبح وهو ان يكون المكان مسجدا سنة واصطبلا للدواب سنة ومقبرة عاما ومزرعة عاما او مصلاه عاما واما التبيش فليس بلازم من المايا به بل ليس للشريك ذلك ثم فيما يحتمل القسمة اذا قضى القاضي بصحته وطلب بعضهم القسمة لا يقسم عند ابي حنيفة ويتهايئون وعندهما يقسم واجمعوا انه لو كان وقف على الارباب وارادوا القسمة لا يجوز الا يؤدي وعليه فرع ما لو وقف داره على سكنى ذرية ارباعا بينهم اوولده ونسله ما تناسلوا فاذا انقرضوا كانت غلة للمساكين فان هذا الوقف جائز على هذا الشرط واذا انقرضوا انكدي وتوضع غلة للمساكين وليس لاحد من الموقوف عليهم السكنى ان يكروا ولو احتاج على قدر حاجة سكناه نعم له الاعارة لاجنبي ولو كثيرا وكذا هذا الواقف وولده وولده ونسله حتى ضاقت الدار عليهم ليس لاسكناه ما اشتط على احد منهم ولو كانوا ذكورا واناثا ان كان فيها حجر وسقاصير كان للذكران ان يسكنوا نساءهم وللاناث ان تسكن ازواجهن معهن وان لم يكن فيها حجر لا يستقيم ان تقسم بينهم ويتبع فيها بانة اذا سكناه لم يجعل الواقف له ذلك لا لغيرهم ومن هذا يعرف ان لو سكن بعضهم فلم يجد الآخر موضعا يكفيه لا يتوجه اجره حصته على الساكن بل احب ان يسكن معه في بقعة من تلك الدار بلا زوجه او زوج ان كان لعدم ذلك والا ترك المتصيف وخرج او حبسوا معا كل في بقعة الى جنب الآخر والاصل المذكور في الشروح والفروع في اوقاف الخصاف ولم يخالفه احد فيما علمت وكيف يخالف وقد نقلوا اجماعهم على الاصل المذكور ولو اقتسم اعيان الواقف للمشاع وشركه على القول بلزوم القسمة بعد القضاء او قبله على قول ابي يوسف فوقع نصيب الواقف في محل مخصوص كان هو الوقف ولا يجب عليه ان يقفه ثانيا **قوله** ولو وقف الكل ثم استحق جزء منه معين شايعا بطل الوقف عند محمد رحمه الله لان بالاستحقاق ظهر ان الشيوع لان الهبة اذا وهب الكل ثم استحق بعضه بطلت لهذا بخلاف ما لو وهب الكل ثم رجع الواهب في البعض او رجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض الذي وقف في مرضه الكل ولا يخرج من الثلث فانه لا يبطل الباقي لان الشيوع طاري واذا بطل الوقف في الباقي رجع الى الواقف لو كان حيا والى ورثته ان ظهر الاستحقاق بعد موته وليس على الواقف ان سعى ذلك ويشتري بثمنه ما يجعله وقفا ولو كان المستحق جزءا معينا ثم يبطل في الثاني لعدم الشيوع فلهذا جاز في الابتداء ان يقف ذلك الباقي فقط وعلى هذا الهبة والصدقة الملوكة لو استحق منهما جزء تابع بطلان ولو استحق معين لا يبطل ولو كانت الارض بين رجلين فوقفا هما على بعض الوجوه ودفعا هما الى وال يقوم عليها كان ذلك

جايز عند محمد لانا لمانع من تمام الصدقة شيوع في المحل المتصدق به والشيوع هنا لان الكل صدقة غاية الامر ان ذلك
مع كثرة المتصدقين والقبض من الوالي في الكل وحد جملة واحدة فهو كما لو تصدق بها رجل واحد سواء الحاق ما الوقف
كل منهما نصفها شائعا بجملة واحدة وجعل لها والي حدة لا يجوز لانهما صدقتان فان قلت انهما تصدق بنصيبه بعقد حدة
حدة الا ترى انه جعل لنصيبه والي حدة ومثل ذلك في الصدقة المعدة ايضا لا يجوز حتى لو تصدق بنصفها شائعا
على رجل وسلم ثم تصدق الاخر بالنصف عليه وسلم لم يجز حتى من ذلك لان قبض كل منهما لم يحز شائعا فكذا قبض
الوالي بين هنا ولو وقف كل منهما نصيبه وجعل الوالي على كل منهما اليه جميعا جاز لان منهما بالقبض والقبض مجتمع قوله
ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد حتى يجعل اخره لجهة لا تنقطع ابدا كالمساكين ومصالح الحرمين والمساجد بخلاف
ما لو وقف على مسجد معين ولم يجعل اخره لجهة لا تنقطع لاحتمال ان يخرب الموقوف عليه وقال ابو يوسف
اذا سمى جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وان لم يسم هذا كلام القدوري وهنا كما ترى لا يناسب استدلال
المصنف على ابي يوسف بقوله ان موجب الوقف يعني بعد التسليم على المتون عند محمد رحمه الله وبعد الحكم عند ابي حنيفة
زوال الملك لا تمليك وزواله بتابيد كالعتق واذا كانت الجهة بتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه ولهذا
كان التوقيت مبطلا له كالوقف عشر سنين لا يصح اتفاقا لانه انما يلزمه لو قال بجواز انقطاعه وعوده الى
الواقف بعد انقطاع تلك الجهة او الى ورثته وهو لم يقل ذلك بل قال اذا انقطعت صار للفقراء ثم نقل القدوري
انها هو على ما ذكره المصنف ثابتا عنه حيث قال وقيل ان التابيد شرط بالاجماع الا ان ابا يوسف لا يشترط
ذكر التابيد لان لفظ الوقف والصدقة مبني عنه لما بين انه ازالة الملك كالعتق يشترط قال المصنف وهذا هو
الصحيح وعند محمد ذكر التابيد شرط لان هذا صدقة بالمنفعة ان كان وقف السكنى او بالغلة ان لم يذكر
السكنى وقد يكون ذلك موبدا وقد يكون غير موبد فطلقه لا ينصرف الى الموبد بعينه فلا بد من التنصيص عليه
فكان الاولى ان يولي هذين الوجهين لما نقله من عبارة القدوري ثم يذكر الرواية الاخرى ويذكر دليلها الاول
واما الوجه الاول فانما يناسب الرواية عن ابي يوسف بانه بعد انقطاع الجهة يرجع الى ملك الواقف او ورثته
وقد نقل من القدوري ما يدل على كل منهما عند ابي يوسف فذكر ما في المبسوط في اذا تصدق على امهات اولاده في حياته
وجعل لمن السكنى بعد وفاته وابى امراة تزوجت منهن او خرجت منتقلة الى غيره فلا حق لها في السكنى ونصيبها
مردود على من بقيت منهن فذلك جايز اعتبارا بالسكنى بالغلة وهذا شرط صحيح منه لمن في الغلة الا ان
فات لم يحتج ان بقي منهن كان ميراثا على فرائض الله عند ابي يوسف لما بينا انه يتوسع في امر الوقف فلا يشترط التابيد
واشتراط العود الى الورثة عند زوال الحاجة الموقوف عليه لا يفوت موجب العقد عنده فاما عند محمد رحمه الله
فيشترط التابيد شرط واشتراط العود الى الورثة يبطل هذا الشرط فيكون مبطلا للوقف الا ان يجعل ذلك وصية
موته فيجوز كالوصية لعلوم بسكنى داره بعد موته مدة معلومة فانه جايز ان يلزم ويعود الى الورثة
اذا سقط حق الموصى له ومن ذلك ما نقل انا طفي في الاجناس عن شروط محمد ابن سماعة عن ابي يوسف اذا وقف
على رجل بعينه جاز واذا مات الموقوف عليه رجع الوقف الى ورثة الواقف قال عليه الفتوى اذا عرف عن
ابي يوسف جواز عوده الى الورثة فقد يقول في وقفي عشر سنين بجواز لانه لا فرق اصلا ومنها ما ذكر في البدا
قال ابو يوسف اذا انقرض الموقوف عليهم يصرف الى الفقراء قال في الاجناس وحصل عنه روايتان وان اشترط
الذي تقدم وهو قوله من تزوج او خرجت منتقلة عنه فلا حق لها فصح فلو طلقها زوجها او مات او عادت
بعد انتقلت لا يرجع لها ما كان لها في الوقف بل سقط لانه قطع استحقاقها باحد هذه الصفات فلا تعود الا
ان ينص على ذلك فتقول فان عادت او فارقت عاد ما كان لها قوله ويجوز وقف العقار وهو الاصل
مبنية كانت او غير مبنية ويدخل البناء في وقف الارض تبعا فيكون وقفا معها وفي دخول الشجر في وقف الارض
روايتان ذكر هلال في الخلاصة في فتاوى قاضي خان وتدخل الاشجار والبناء في وقف الارض كما تدخل في البيع وتدخل
الشرب والطريق استحسانا لان الارض لا توقف الا للاستغلال وذلك لا يكون الا بهما والطريق فيه خلاف
كما في الاجارة ولا تدخل الثمرة الغايبة وقف الوقف سواء كانت مما تؤكل او لا كالورد والرياحين والوقال وقفها يحتمل

وجميع

وجميع ما ذكرنا او نحو ذلك لا يدخل في الوقف ايضا ولكن في الاستحسان يلزم التصدق بها على وجه النذر لانها قد
صدقة مذمومة بجميع ما ذكرنا ومنها قد تكلم بما يوجب التصدق ولا تدخل الزروع كلها الا ما كان له اصل لا يقطع في سنته والحاصل
ان كل ما يحصد في سنته فهو للواقف وما لا يقطع في سنته فهو داخل في الوقف فيدخل في وقف الارض اصولا الباذنجان
وقصب السكر ويدخل في وقف الحمام القدور والمغرفة ورماده ولا يدخل مسيل ماء في ارض مملوكة او طريق وقوله
لان جماعة من الصحابة رضي الله عنهم اجمعين وقفوه وقد منا ذكر جماعة من رجال الصحابة ونسايهم وتنوعوا واسانيد هاذكروه
في وقف الخصاف ومما تقدم من وقف عمر رضه تمنع واخرج ابراهيم الحربي في كتابه غريب الحديث ثنا ابو بكر ابن ابي
شيبة ثنا حفص بن غياث عن هشام بن عروة عن ابيه ان الزبير بن العوام رضي الله عنه وقف دارا له على المردودة
من بناته قال المردودة هي المطلقة والعادمة التي مات زوجها وفي البخاري وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم
ارضا جعلها ابن السبيل صدقة واخرج الحاكم بسنده فيه الواقدي وهو حسن عندنا وسكت هو عليه عن عثمان
بن الارقم المخذومي انه كان يقول انا ابن سبع الاسلام اسلم ابي سابع سبعة كانت داره على الصفا وهي التي كان النبي
صلى الله عليه وسلم يكون فيها في الاسلام وفيها دعا الناس الى الاسلام فاسلم فيها خلق كثير منهم عمر بن الخطاب رضي الله عنه فسميت
دار الاسلام وتصدق بها الارقم على ولده وكان نسخة صدقته بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما قضى الارقم في ماله
ابتاع والمنوت وفي الاعلانيات للبيهقي قال ابو بكر عبد الله ابن الزبير الحميدي تصدق ابو بكر رضي الله عنه بداره
بمكة على ولده فهي اليوم وتصدق عمر بربعه وتصدق سعيد ابن العاص رضي الله عنه بداره بالمدينة وبداره
بمصر على ولده فذلك اليوم وعثمان رضي الله عنه بيومه فهي اليوم وعمرو بن العاص بوعط من الطايف
وداره بمكة والمدينة على ولده فذلك اليوم قال وما لا يحصى كثيرا وهذا كله مما يستدل به ابو حنيفة
في عدم اجازته الوقف فرع اذا كانت الدار مشهورة معروفة وقفها وان لم تحدد استغنى بشهرتها
عن تحديدها فرع اخر وقف عقارا على مسجد ومدرسة هي مكانا لبنائها قبل ان يبنيها اختلف المتوخرون
والصحيح الجواز ويصرف غلتها للفقراء الى ان تبنى فاذا بنيت ردت الى الغلة اخذا من الوقف على اولاد فلان
ولا اولاد له حكموا بصحته وتصرف غلته للفقراء الى ان يولد لفلان قوله ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول
كذا قال القدوري قال المصنف رحمه الله وهذا على الارسال اي على الاطلاق قول ابي حنيفة رحمه الله ثم قال
القدوري وقال ابو يوسف اذا وقف ضيعة بقرها واكرتها وهم عبيده جاز والاكرة الحراثون وكذا اسم
الات الحراثة اذا كانت تبعا للارض يجوز لانها تبعا للارض في تحصيل ما هو المقصود منها وقد ثبت من الحكم تبعا
ما لا يثبت مقصودا كجميع الشرب والطريق لا يجوز مقصودا ويجوز تبعا وهذا كثير مستغن عن العد ولو مرض بعضهم
فتعطل عن العمل اذا كان الواقف جعل نفقتهم في مال الوقف وصح بما فهي في مال الوقف والا فنفقة لهم وان لم
يصح به في مال الوقف فللقيم ان يبيع من مجرد يشتري بثمنه اخر يعمل كما لو قتل فاخذ ديته عليه ان يشتري
بها اخر ولو جنى احدهم جناية فعلى القيم ان ينظر فان كان الاصلح دفع هذا العبد بالجناية دفعه او فداه من مال
الوقف واذا فداه بقدر ما تزيد على ارش الجناية فهو متطوع بالزيادة وليس لاهل الوقف من الدفع والفدا
شيء فان فداه كانوا متطوعين ومحمد مع ابي يوسف فيه يعني ولا معنى لانفراد ابي يوسف لانه لما جاز انفراد
بعض المنقولات بالوقف عنده ابي عند محمد رحمه الله فتجويزه تبعا للعقار اولى وضمير لانه للشان اما
لو وقف ضيعة فيها بقر وعبيده ولم يذكرهم فانه لا يدخل شيء من الالات والبقر والعبيد في الوقف قال
المصنف وقال محمد يجوز حبس الكراع وهي الخيل والسلاح ومعناه وقفه في سبيل الله وابو يوسف معه
ابتداء في ذلك على ما قالوا وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز لما بينا من قبل من شرط التابيد والمنقول
لا تابيد وجه الاستحسان الاثار المشهورة فيه ابي في الكراع والسلاح منها قوله صلى الله عليه وسلم في الصحيحين
عن ابي هريرة بعث النبي صلى الله عليه وسلم عمر بن الخطاب على الصدقات فمنع ابن جميل وخالد ابن الوليد والعباس
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما ينقم ابن جميل الا ان كان فقيرا فاغناه الله واما خالد فانكم تظلمون خالدا وقد
احتبس ادراعه واعتده في سبيل الله تعالى واما العباس عم رسول الله صلى الله عليه وسلم فهي على ومثلها ثم قال العاشر

ان عم الرجل صوابه واما ذكر المصنف من ان طلحة حبس درعه وفي رواية اكواعه فلم يعرف ولذا لم يعرف جمعه على اكراع لان قياسه الجمع على افعال بل على افعل كعقاب واعقب واما ذكره في الصحاح صنفا جمع قال والجمع اكرع ثم اكارع الا ان الطبراني اخرج عن ابن المبارك نا حماد بن زيد عن عبيد الله ابن المختار عن عاصم بن سهدلة عن ابيه وايل قال لما حضرت خالد ابن الوليد الوفاة قال لقد طلبت القتل فلم يقدر لي الا ان اموت على فراشي وما من عمل ارجى عندي بعد لا اله الا الله من ليلة بتها متترس في ليلة باردة وانا متترس ثم قال اذا انا مت فانظروا سلاحي وفرسي فاجعلوه عدة في سبيل الله وذكر هذا الحديث بهذا السند في تاريخ بن كثير وقال فيه ما من عمل ارجى عندي بعد لا اله الا الله في ليلة بتها وانا متترس والسماء تهلني منتظر الصبح حتى اغير على الكفار واذا عرف هذا فالمال لا يدخل في مكة بالاجارة لان العرب يعزون عليها مع انه روي ان ام معقل جاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان ابا معقل جعل ناضحه في سبيل الله وانا اريد الحج اما اركبه فقال صلى الله عليه وسلم اركبيه فانا الحج والعمرة في سبيل الله والحاصل ان وقف المنقول تبعا للعقار يجوز واما وقفه مقصودا ان كان كراعا او سلاحا جاز وفيما سوى ذلك ان كان مما لم يجر التعامل بوقفه كالثياب والحيوان ونحوه والذهب والفضة لا يجوز عندنا واذا كان متعارفا كالجنازة والقدوم وثياب الجنازة وما يحتاج اليه من الاواني والقدور في غسل الموتى والمصاحف قال ابو يوسف لا يجوز وقال محمد يجوز وإليه ذهب عامة المشايخ منهم الامام السرخسي كذا في الخلاصة وفي فتاوى النسفي وقف بناء دون بناء دون ارض قال هلال لا يجوز انتهى لكن في الخصاف ما يفيد ان الارض اذا كانت متقررة للاحتكار جاز فانه قال في رجل وقف بناء داره دون الارض انه لا يجوز قيل له فما تقول في حوانيت السوق ان وقف رجل حانوتا منها قال ان كانت الارض اجارة في ارض القوم الذين بنوها لم يجز لان السلطان عسى ان يخرجهم فلا يكون وقفا جائزا لانها في ايدي اصحاب البناء يتوارثونها وتقسم بينهم ولا تعرض لهم السلطان ولا يزعجهم عنها وانما له غلة يأخذها وينداولها الخلفاء وصفي على الدهور وهي في ايديهم يبنيها بعولتها ويؤاجرونها ويجوز فيها ما يهابهم ويهدمون بناءها ويبنون غيره فاما ان ما كان من تلك حانوت جاز وقف البناء فيه والا فلا وذكر في موضع اخر في فتاوى قاضي خان اذا بنى انسان قنطرة للمسلمين جاز وله ان يكون بناءها ميراثا ثم ذكر انه انما خص البناء بذلك لان العادة ان يتخذ على حفني النهر العام يعني وذلك غير مملوك ثم قال وهذه المسألة دليل على جواز وقف البناء دون الاصل ثم نقل عن الاصل ان وقف البناء دون اصل الدار لا يجوز ولا يجوز وقف البناء في ارض هي عارية او اجارة وان كانت ملكا لواقف البناء جاز عند البعض وعن محمد اذا كان البناء في ارض وقف جاز على الجهة التي تكون الارض وقفا عليها ذكر الكل في الفتاوى والحاصل ان الاجارة يعارض قول الخصاف في ارض جواز اللهم الا ان يجعل تخصيصه بسبب انها صارت كالاملاك على ما ذكره وسمته في الخلاصة اذا وقف مصحفا على اهل المسجد لقراءة القرآن ان كانوا بحيث يجوز ان يوقف على المسجد جاز ويقرأ في ذلك المسجد وفي موضع اخر وان يكون مقصورا على هذا المسجد واما وقف الكتب فكان محمد ابن سلمة لا يجيزه ونصير ابن يحيى يجيزه ووقف كسوة الفقهاء ابو جعفر يجيزه وبه ناخذ وهو قول ابي يوسف ان القياس بابائه والنص ورد في الكراع والسلاح على خلاف القياس عليه ومحمد رحمه الله يقول القياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع وقد وجد التعامل في هذه الاشياء وعلى قول محمد اكثر فقهاء الامصار وما لا تعامل فيه لا يجوز عندنا وقال الشافعي رحمه الله كل ما ينتفع به مع بقاء اصله ويجوز بيعه يجوز وقفه وهذا قول مالك واحمد ايضا واما وقف ما لا ينتفع الا بالاتلاف كالذهب والفضة والمأكول والمشروب فغير جائز في قول عامة الفقهاء والمراد بالذهب والفضة الدراهم والدنانير وما ليس بحلي واما الحلي فيصح وقفه عند احمد والشافعي لان حفصة رضي الله عنها اتخذت حليا بعشرين الفا فحبسته على نساء اهل الخطاب فكانت لا تخرج زكوته وعن احمد لا يصح وقفه وانكر الحديث ذكره ابن قدامه في المغني وحاصل وجه الجماعة القياس على الكراع وعارضه المصنف بان حكم الوقف الشرعي الثابت لا يتابد غير العقار وغيره انه ترك في الجهاد لانه سنام الدين فكان معنى القربة فيها اقوى فلا يلزم من شرعية الوقف فيها شرعية فيما هو دونها فلا يلحق به ايضا لانه ليس في سنامها واذا عرفت

هذا فقد زاد بعض المشايخ اشياء من المنقول على ما ذكره محمد لما رآه من جريان التعامل وفي الخلاصة ووقف بقرة على ان ما خرج من لبنها وسمنها يعطى لابناء السبيل قال ان كان ذلك في موضع غلب ذلك فيه او ظنوا ان يكون جائزا وعن الانصاري وكان من اصحاب زفر فيمن وقف الدراهم او الطعام او ما يكال او ما يوزن انه يجوز ذلك قال نعم قيل له وكيف قال يدفع الدراهم مضاربة بالنصف يتصدق بها في الوجه الذي وقف عليه وما يكال وما يوزن يباع ويدفع ثمنه مضاربة او بضاعة قال فعلى هذا القياس اذا وقف هذا الكرسي الخطابة على شرط ان يخرج من العقار الذين لا يذر لهم ليزرعوه لا نفسهم ثم يوخر منهم بعد الادراك قدر الفرض ثم يخرج من يخرج من العقار ابدا على هذا السبيل يجب ان يكون جائزا قال وعلى مثل هذا كثير في الذي وناحية دوبنا وندر الاكسية واستره الموتى اذا وقف صدقة ابدا جاز فتدفع الاكسية للعقار فينتفعون بها ثم يدفعونها ثانيا وثالثا لبسا ولو وقف نوارا استغرقتها بالصبغ ثم اذا عرف جواز وقف الفرس والجمل في سبيل الله فلو وقفه على ان يمسكه ما دام حيا ان امسكه للجهاد له ذلك كما انه لو لم يشترط كان له ذلك لان الحامل فرس السبيل ان جاهد عليه وان اراد ان ينتفع به في غير ذلك لم يكن له ذلك وصح جعله للسبيل يعني يبطل الشرط ويصح وقفه لا يؤاجر فرس السبيل الا اذا احتيج الى نفقته فيؤاجر بقدر ما ينفق عليه قال في الخلاصة وهذه دليل على ان المسجد اذا احتاج الى نفقة يؤاجر قطعه منه بقدر ما ينفق عليه انتهى وهذا عندي غير صحيح لانه يعود الى النفع الذي لاجله استثنى ابو يوسف المسجد من وقف المشاع وهو ان تحد مسجدا يصلي فيه عاما واحدا لا يربط فيه الدواب عاما واحدا ولو قيل انما يؤاجر لغير ذلك فنقول غاية ما يكون للسكنى ولا يستلزم جواز المجامعة فيه وافاضة الحائض والجنب فيه ولو قيل يؤاجر لذلك فكل عمل يؤاجر له فيه تغيير احكامه الشرعية وذلك ان باجتياحه الى النفقة لا تغير احكامه الشرعية ولا يخرج به عن ان يكون مسجدا نعم ان خرب ما حوله واستغنى عنه فحينئذ لا يصير مسجدا عند محمد خلافا لابي يوسف واما اذا لم يكن لذلك فتجب عمارته من بيت المال لانه من حاجة المسلمين وفي الخلاصة ايضا يجوز وقف الغلمان والجواري على مصالح الرباط واذا زوج السلطان او القاضي جارية الوقف يجوز ولو زوج عبد الوقف لا يجوز والفرق ظاهر وهو ان في الاول اكتسابا للوقف دون الثاني ولهذا لو تزوج امة الوقف من عبد الوقف لا يجوز **ومن فروع وقف المنقول** وقف دار فيها حمامات بحرجين يدخل في وقفه الحمامات الاهلية قال الفقيه هو كوقف الضيعة مع البيران وسيل ابو بكر عمن وقف شجرة باصلها والشجرة مما ينتفع باوراقها وثمرها قال الوقف جائز ويتنفع بثمرها ولا يقطع اصلا الا ان تفسد اغصانها فان لم ينتفع باوراقها وثمرتها فانها تقطع ويصرف ثمنها في سبيله فان تبنت ثانيا والا عرس مكانها وسيل ابو القاسم الصفار عن بستان وقف يبس بعضه وبقي بعضه قال ما يبس منها فسبيله سبيل غلتها وما بقي مترددة على حاله **قوله** واذا صح الوقف اي لزم وهذا بيد ما قدمناه في قول الشافعي واذا صح الوقف خرج عن ملك الواقف ثم قوله لم يجز بيعه ولا تمليكه هو باجماع الفقهاء الا ان يكون شاعا فيطلب شريك القسمة عند ابي يوسف فتصح مقاسمته اما امتناع التمليك فلما بينا من قوله عليه الصلاة والسلام تصدق باصلها لا يباع ولا يورث ولا يوهب ومن المعنى وهو ان الحاجة ماسة الى اخراجه والا فربما يخرج عن ملك الواقف ولا يملك لا يتمكن من البيع واما جواز القسمة اي عندهما فان على قول ابي حنيفة لا يجوز ان قضى القاضي بصحة وقف المشاع لانها مبادلة ومعنى المبادلة هو الراجح في غير المثليات فلانها تميز معنى وافراز اغلبية الاسم الغالب في غير المكيل والموزون معنى المبادلة الا ان في الوقف جعلنا الغالب معنى الافراز نظرا للوقف فلم يكن بيعا وتمليكا ثم ان وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه لان الولاية للواقف عند ابي يوسف ووقف المشاع انما يجوز على قوله ولو طلب الشريكان القسمة بعد موته فالقسمة الى وصيه ان وقف نصف عقار وخلفه فللقسمة طريقان احدهما ان يقاسمه القاضي بان يرفع الامر اليه ويطلب منه القسمة فيأمر رجلا ان يقاسمه الثاني ان يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسم المشتري لتعرف نوبة ذلك منه ان اجب وهذا الان الواحد لا يصح ان يكون متقاسما ومتقاسما ولو كان في القسمة فضل دراهم بان كان احد النصفين

امور من الاخر فجعل باز اد الجودة دراهم فان كان الاخذ للدراهم هو الواقف بان كان النصف الذي هو غير الوقف
هو المعين لا يجوز لانه يصير بايعا بعض الوقف وبيع الوقف لا يجوز وان كان الاخذ شريكه بان كان النصيب الوقف
لعين جاز لان الواقف مشتر لا بايع فكانه اشترى بعض نصيب شريكه فوقفه فقوله ان اعطى الواقف لا يجوز بيع على
بنايه للمفعول ورفع الواقف يبيع على بنايه للفاعل ونصب الواقف كان معنى فيما انه اخذ الدراهم واعلم ان عدم
جواز البيع في غير القسمة فيما اذا كان قائما عاما اما اذا تهدم ولا حاصل يعمر به فيجوز لانه رجع الى ملك الواقف اذا كان
حيا والى ورثته ان كان ميتا وقال الصدر الشهيد في حس هذه المسايل تطير يعني لان الوقف بعد ما خرج الى الله تعالى
لا يعود الى ملك الواقف وانت تعلم ان قول محمد برجوعه الى ملك الواقف او الى من قوله في المسجد لان خلوصه
لله اقوى من غيره من الاوقاف وكان ذلك بشرط الفايدة وقد تحقق انتفاعها اذا لم يكن له ريع يعاد به ولا
يوجد من يستاجره فيعمره ومن ذلك حانوت احترق في السوق وصار بحيث لا ينتفع به ولا يستاجر البته
وحوض بحلة خرب وصار بحال لا يمكن عمارته فهو للواقف ولورثته فان كان واقفه وورثته لا يعرف فهو
لقطة كذا في الخلاصة زاد في التاتارخانية اذا كان كذلك يتصدقون به على فقير ثم بيعه فينتفع بثمنه
وعلى هذا يصير لبيت المال اذا عرف الواقف وعرف موته وروي عن محمد اذا ضعفت الارض عن
الاستغلال وبعد القيم بثمنها اخرى هي اكثر ريعا كان له ان يبيعها ويشتري بثمنها ما هو اكثر ريعا واما قول الطايفة
من المشايخ فيما اذا خاف المتولي على الوقف من جدار سلطان يغلب عليه قال في النوازل يبيعها ويتصدق
بثمنها قال وكذا القيم خان شيا من ذلك قالوا فالفتوى على خلافه لان الوقف بعد ما صح شرايطه لا يعمله البيع
وهذا هو الصحيح حتى ذكر في نجوة وقف في دار وقف هربت الدار لاتباع الشجرة لعمارة الدار يبدل
تكرى الدار ويستعان بنفس الجوز على العمارة ثم اذا جاز بيع الاشجار الموقوفة لا يجوز قبل القلع بل بعده
هكذا عن الفضلي في الاشجار المتمرة وفي غير المتمرة قال يجوز قبل القلع لانها هي الغلة وتبا الوقف والنبات
لا يجوز قبل الهدم والقلع كالثمرة كذا قيل والوجه يقتضي اذا تعين البيع كونه قبل المعدوم دفعا لزيادة مونة
العدم الا ان تزيد القيمة بالهدم وفي زيادات ابي بكر بن جاجا جمع العلما على جواز بيع بنا الوقف وجص
اذا استغنوا عنه **قوله** والواجب ان يتتبع امر انتفاع الوقف بعمارته سواشرط الواقف ذلك او لم
يشرط لان الغرض لكل واقف وصول الثواب موبدا وذلك بصرف الغلة موبدا ولا يمكن ذلك بلا عمارة فكانت
العمارة مشروطة اقتضاء ولهذا ذكر محمد رحمه الله في الاصل في سبي من رسم المكوك واشترط ان يرفع الوالي
من غلته كل عام ما يحتاج اليه لاداء العشر والخراج وللبذر وارزاق الولاية عليها والعمله واجور الحواس والحصادين
والدواسين لان حصول منفعة في كل وقت لا تتحقق الا بدفع هذه المونة من راس الغلة قال يبتدى الايمة وذلك
وان كان يستحق بلا شرط عندنا لكن لا يؤمن جهل بعض القضاة فيذهب رايه الى قسمة جميع الغلة فاذا
شرط ذلك في حكمه يقع الامن بالشرط قال الصدر ولان الخراج بالضمان اي الانتفاع بخراج الشي كغلة العبد
والدابة ونحو ذلك بقيام ذلك الشي اي لكون ذلك الشي لو تلف تلف من ضمان المستغل وروى ابو عبيد
في كتاب غريب الحديث عن سرو ان الغزاري عن ابن ابي ذيب عن مخلد ابن خفاف عن عمرة عن عايشة
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قضى ان الخراج بالضمان قال ابو عبيد معناه والله اعلم الرجل يشتري المملوك فيستغله
ثم يجد به عيبا كان عند البايع فيرده العبد على البايع بالعيب ويرجع بالثمن عليه فيأخذه وتكون له
الغلة طيبة وهو الخراج وانما طابت لانه كان ضامنا للعبد لو مات مات من مال المشتري لانه في يده
انتهى ولهذا الحديث نقض عمر ابن عبد العزيز قضاء حين قضى بالغلة للبايع وهذا الحديث من جوامع
الكلم وفي معناه الغرم بالغنم وتجري لفظه مجرى المثل واستعمل في كل مضرة مقابلة منفعة وقوله
وصار اي عمارة الوقف تنفعه العبد الموصى بخدمته فانها تكون على الموصى له ثم ان كان الوقف على
الفقراء لا نظر عندهم لا يتصور ان يلزموا العدم اجتماعهم وتعسرهم واغرب امرا لهم من الغلة الكاينة للوقف
فيجب العمارة فيها وان كان الوقف على رجل بعينه او رجال واخره للفقراء فهو في ماله اي رجل شا في حياته

فاذا مات فمن الغلة والا يوخذ من الغلة عيانا انه متعين يمكن مطالبته ثم هو يعطي اثنين من الغلة وان شا من
غيرها ثم العمارة المستحقة عليه انما هي بقدر ما بقي الوقوف بها على الصفة التي وقف عليها واما الزيادة فليست
مستحقة فلا يصرف العمارة الا برضاه ولو كان الوقف على الفقراء فلذلك عند البعض اي لا يزاد على الصفة التي كان
عليها وعند اخرين يجوز ذلك اي الزيادة والاول اصح لانه صرف حق الفقراء الى غير ما يستحق عليهم ولا يوخذ العمارة
اذا احتيج الا وتقطع الجهات الموقوف عليها الا ان لم يخف ضرر بين فان خيف قدم وا ما الناظر وان كان
المشروط له من الواقف فهو كاحد المستحقين فاذا قطعوا العمارة قطع الا ان يعمل فياخذ قدر اجرته وان لم
يعمل لا ياخذ شيا قال الامام فخر الدين قاضي خان وقف ضيعة على مواليه ومات فجعل القاضي الوقف بيد قيم
وجعل له عشر الغلات مثلا وفي الوقف طاحونة في يد رجل بالمقاطعة اجاحة فيها الى القيم واصحاب هذه
الطاحونة يقتسمون غلتها يجب للقيم ان يعلم ذلك العشر لان القيم لا ياخذ ما ياخذه الا بطريق الاجر فلا يستوجب
الاجر بلا عمل انتهى فهذا عندنا فيمن لم يشرط له الواقف اما اذا شرط كان من صلب الموقوف عليهم **قوله**
فان وقف دارا على سكنى ولده او غير ولده فالعمارة على من له السكنى كان الخراج بالضمان وصار كالعبد الموصى
بخدمته فان امتنع من ذلك وكان فقيرا اجره الحاكم وعمرها باجرتها ثم رد ها الى منزله السكنى كان في ذلك
رعاية لحقين حق الواقف وحق صاحب السكنى لانه لو لم يعمرها تفوت السكنى اصلا والاول وهو العمارة اولى
من الثاني وهو عدم عمارتها المدلول عليه بقوله لو لم يعمرها كان الجمع بين الحقين اولى من ابطال احدهما واجبر
الممتنع على العمارة لما فيه من الزام الضرر بالاتلاف ماله كما شبه امتناع صاحب البذر فيما اذا عقد الزراعة
وبينا من عليه البذر وامتنع من عليه البذر عن العمل اجبر عليه لذلك ثم لا يكون امتناعه رضا منه ببطلان حقه كان
امتناعه في حيز التردد يعني دلالة الامتناع على الرضى باسقاط حقه متردد فلا يجوز ان يكون امتناعه لعدم القدرة
على العمارة او لرجايه اصلاح القاضي كما يجوز ان يكون لرضاه بابطال حقه واما قال اجرها الحاكم لانه لا يصح اجارة
من له السكنى وعلله بقوله لانه غير مالك وفي تقريره طريقان احدهما انه ليس بمالك للمنفعة بل ابيح له الانتفاع
وهذا ضعيف فان الموقوف عليه السكنى ان يعير الدار والاجارة تملك المنافع بلا عوض والمسلة في وقف
الخصاف والاخر انه ليس بمالك للعين والاجارة تتوقف عليه لانها بيع المنافع والمنافع معدومة فلا تتحقق
ملكا لها فاقيمت العين مقام المنفعة ليرد عليه العقد فلا بد من كونها مملوكة وهو مشكل لانه ينتفي ان لا
تصح اجارة المشاع فيما لا يحتمل بالاختلاف المستعمل وان لا يصح من الموقوف عليه السكنى الا عارة لكنه
يصح كما ذكرنا فالاول ان يقال لانه تملك المنافع بلا بدل فلا يملك تمليكها ببدل وهو الاجارة ولا يملك الكثر مما
يملك كالاعارة وهذا الوجه والذي قبله يفيد ان لا فرق بين الموقوف عليه السكنى وغيره حتى ان
الموقوف عليه الدار المستحقة للغلة ايضا ليس له ان يواجر لانه ليس بمالك للعين ولا يمكن لقامة العين مقام
منافعها ليرد عليه عقد الاجارة لما يملكه من المنافع بلا بدل وفي الاستروشني انه رأى في المنقول ان اجارة
الموقوف عليه لا تجوز وانما يملك الاجارة المتولي او القاضي ونقل عن الفقيه ابي جعفر انه ان كان الاجر كلم له
للموقوف عليه اذا كان الوقف لا يستغرم تجوز اجارته وهذا في الدور والحوانيت واما الاراضي فان كان
الواقف شرط تقديم العمر والخراج وساير المون فليس للموقوف عليه ان يواجر وان لم يشرط ذلك فيجب
ان تجوز ويكون الخراج والمونة عليه هذا ولو لم يوض الموقوف عليه السكنى بالعمارة ولم يجد القاضي من
يستاجر هل ارى حكم هذه في المنقول من المذهب والحال هذا يودي الى ان يصير نقضا على الارض كما تشعث
الرياح وخطر لي انه يخيره القاضي بين ان يعمرها ليستوفي منفعة وبين ان يرد ها على ورثة الواقف
والله اعلم **قوله** وما انهدم من بنا الوقف والته وهو ما يجري كالحشب والقصب وقد يضم عطفا على ما
قبله الحاكم في عمارة ان احتاج اليه وان استغنى عنه امسكه حتى يحتاج اليه وانت تعلم ان بالانهدام تتحقق
الحاجة الى عمارة ذلك العقد ولا معنى للشرط في قوله ان احتاج اليه واذا استغنى عنه امسكه حتى يحتاج والمعنى
انه ان كان النهي للعمارة ثابتا في الحال صرفه اليها والا حفظه حتى يتهي ذلك وتتحقق الحاجة وان انهدم

قد يكون قليلا جدا لا محل للانتفاع به بالوقف ولا يتغابن به من ذلك فيكون وجوده كعدمه فيؤخر حتى يجمع او تحت
اليد اره واذا تعذرت اعادته بان خرج عن الصلاحية لذلك لضعفه ونحوه باعه وصرف لمثله في ذلك
اقامة له للبدل مقام المبدل ولا يقسمه بين مستحقي الوقف لانه من عين الوقف ولا حق لهم في العين الموقوفة الا
حق الله تعالى وحقهم في الغلة فقط واعلم ان عدم جواز بيعه انما تقدم الا اذا تعذر الانتفاع به اما هو فيها ورد عليه وقف
الواقف اما فيما اشتراه المتولي من مستغلات الوقف فانه يجوز بيعه بلا هذا الشرط وهذا الان في صيرورته
وقفا خلافا والمختار انه لا يكون وقفا للمتيم ان بيعه متى ثبت المصلحة عرضت فاسد واذا جعل الواقف
الوقف لنفسه او جعل الولاية اليه جاز عند ابي يوسف فهذان فعلان ذكرهما القدوري شرط العلم لنفسه
وجعل الولاية اليها الاول فهو جائز عند ابي يوسف وهو قول احمد وابن ابي ليلى وابن شبرمة والزهري
ومن اصحاب الشافعي ابن سريج ولا يجوز عند قياس قول محمد وهو قول هلال الرأي وهو هلال ابن يحيى
بن مسلم البصري وانما نسب الى الرأي لانه كان على مذهب الكوفيين ورأيهم وهو من اصحاب يوسف ابن
خالد السمتي البصري ويوسف هذا من اصحاب ابي حنيفة وقيل ان هلالا اخذ العلم عن ابي يوسف وزفر وقع
في المبسوط والذخيرة وغيرها الرازي وفي العرب هو تحريف بل هو الرأي بتشديد الراء لانه من البصرة
لا من الري والرأي نسبة الى الري وهكذا صحح في مسند ابي حنيفة وغيره وبقول احمد قال الشافعي ومالك
والخلاف في شرط كل الغلة لنفسه وبعده على الفقراء او بعضها وبعده للفقراء ثم قيل ان الاختلاف بينهما بناء على الخلاف
في اشتراط القبض اي قبض المتولي فقال شرطه محمد منع اشتراط الغلة لنفسه لانه حينئذ لا ينقطع حق فيه
وما شرط القبض لا ينقطع حقه ولما لم يشرطه ابو يوسف لم يمنعه وقيل مسيله مبتدأة غير مبنية وهو اوجه
ثم وصل الصف بهذه الخلافية ما اذا شرط الغلة لاصلاحات اولاده ومدبريه ما داموا احياء فان ماتوا كان للفقراء
بناء على جعل الخلاف المعلوم جاريا فيما صححه الصف وقيل بل صحة شرط الغلة لاصلاحات اولاده ومدبريه
بالاتفاق وهو الاصح وما قاله الصف مخالف لما في المبسوط والمحيط والذخيرة والتتمة وفتاوى قاضيخان
فان الكل حملوا الصحة بالاتفاق وفرق في المبسوط لمحمد رحمه الله بين شرط الغلة لنفسه حيث
لا تجوز والاصلاحات اولاده حيث تجوز مع ان شرطه لهن ولمدبريه كشرطه لنفسه بان جرت تثبت
بموته فتكون الوقف عليهم كالوقف على الاجانب وتكون بتوته لهم حاله صوته متعالما بعد موته كما قال
ابو حنيفة في اصل الوقف اذا قال في حياتي بعد وفاتي يلزم اما الوقف على بيده واما يه فلا يجوز عند محمد
لانهم لا يعتقون بموته فلا تبتية ويجوز عند ابي يوسف كشرطه لنفسه وجه قول محمد رحمه الله ان
الوقف تبرع على وجه التمليك للغلة او للسكنى فاشتراط البعض او الكل لنفسه يبطله لان التمليك من نفسه
لا يتحقق فصار كالصدقة المنذورة بان تصدق على فقير بالف وسلم اليه على ان يكون بعضه لي لم يجز لعدم التفا
اذ لم يكن مملكا على هذا التقدير الا ما وراء ذلك القدر وكذا في الصدقة الموقوفة ولا يحل الاكل منها الا بالشرط
فان الاجماع على ان الواقف اذا لم يشرط لنفسه الاكل منها لا يحل له ان ياكل منها وانما الخلاف فيما اذا شرطه والحديث
المذكور لهذا اللفظ لم يعرف الا ان في مصنف ابن ابي شيبة ثنا ابن عيينة عن ابن طاوس عن ابيه الم تر
ان حجر المدري اخبرني قال في صدقة النبي صلى الله عليه وسلم ياكل منها اهلها بالمعروف غير المنكر ولان الوقف
ازالة الملك الى الله تعالى فاذا شرط البعض او الكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكا لله لنفسه لانه
جعل ملك نفسه لنفسه كذا قرره الصف وعلى ما سلف لهما في اشتراط التسليم الى المتولي عند محمد
ينبغي ان يقرر هكذا الموقوف ازالة الملك الحابس بالعين واستقاطه لا الى مالك اتقاء مرهان الله
تعالى على وجه يعتبر فيه شرطه التقرب المنافي للغرضية والشرع وشرط النفقة على نفسه منه كما بنا في ذلك
كما اذا بنى خانا وشرط ان ينزل فيه او سقاية وشرط ان يشرب منها او غيره وشرط ان يدفن فيها فان قال في
الاعلى وتم نفقة الرجل على نفسه صدقة روي معنى هذا الحديث من طرق كثيرة بلغ بها الشهرة فروى
ابن ماجة من حديث المقدام بن معدي كرب عنه عليه السلام قال ما اكل كسب الرجل كسب اطيب من عمل يده

وما

وما انفق الرجل على نفسه واهله وولده وخادمه فهو له صدقة واخرجه النسائي عن بقية عن بحير بلفظ
ما اطعمت نفسك فهو لك صدقة الحديث واخرج ابن حبان في صحيحه عن سعيد عن النبي صلى الله عليه وسلم
قال ايما رجل كسب مالا حلالا فاطعمه نفسه او كساها فمن دونه من خلق الله تعالى فان له به زكوة وروى الحاكم
الا انه قال فانه له زكوة وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه واخرج الحاكم ايضا والدارقطني عن جابر قال
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل معروف صدقة وما انفق الرجل على نفسه واهله فهو له صدقة وما وقي به
عرضه صدقة الحديث وفيه فقلت لمحمد ابن المنكدر ما معنى وقي به عرضه قال ان يعطي الشاعر وذا اللسان
المتقي وقال صحيح الاسناد واخرج الطبراني عن ابي امامة عنه عليه السلام قال من انفق على نفسه نفقة
فهي له صدقة ومن انفق على امراته واهله وولده فهو له صدقة وفي صحيح مسلم عن جابر انه عليه السلام
قال لرجل ابدا بنفسك فتصدق عليها فان فضل شيء فلاهلك الحديث فقد ترجح قول ابي يوسف قال الصدر
الشهيد والفتوى على قول ابي يوسف وفي الهداية وفي ظاهرها ينبغي ان يفتى به ترغيبا للناس في الوقف واختاره مشايخ بلخ وكذا
ظاهر الهداية حيث احتج وجهه ولم يدفعه ومن صور الاشتراط لنفسه ما لو قال على ان يقضي ديني من غلته وكذا اذا
قال اذا حدث على موت او على دين يحيط من غلة هذا الوقف بقضاء ما علي فافعل فعل سبيله كل ذلك جائز وفي وقف
الخصاف فاذا شرط ان ينفق على نفسه وولده وعياله من غلة هذا الوقف فجاء غلته فاخر وقبض
ثمنها ثم مات قبل ان ينفق ذلك هل يكون ذلك لورثته او لاهل الوقف قال يكون لورثته لانه قد حصل ذلك وكان
له فقد عرف ان شرط بعض الغلة لا يلزم كونه بعضا معينا كالنصف والربع وكذلك اذا قال اذا حدث على فلان
الموت يعني الواقف نفسه اخرج من غلة هذا الوقف في كل سنة في عشرة اسهم مثلا لحج عنه او في كفارات
ايمانه وفي كذا درهما سمى اشياء او قال اخرج من هذه الصدقة في كل سنة كذا كذا درهما لتصرف في هذه الوجوه
ويصرف الباقي في كذا او كذا على ما سيله ولو شرط ان يستبدل بها ارضا اخرى تكون وقفا مكانه
فهو جائز عند ابي يوسف وهلال ومحمد وهو استحسان وكذا الوقال على ان ابيعها واشتري بثمنها اخرى مكانها
وقال محمد يبيع الوقف ويبطل الشرط وليس له بعد استبدال له مرة ان يستبدل ثانيا لانه شرط عبدة الاوثان
يذكر عبارة تفيد له ذلك دائما وكذا ليس للقيم الاستبدال الا ان ينص له بذلك وعلى وزان هذا لو شرط لنفسه
ان ينقض من المعالم اذا شاء ويزيد ويخرج من شاء ويستبدل به كان له ذلك وليس للقيمه الا ان جعله له واذا
ادخل واخرج مرة ليس له ثانيا الا بشرطه ولو شرطه للقيم ولم يشرطه لنفسه كان له ان يستبدل لنفسه
لان افادته الولاية لغيره بذلك فرع كونه يملكه ولو قيد شرط الاستبدال للقيم بحالة الواقف ليس له
ان يستبدل بعد موته وفي فتاوى قاضيخان قول هلال وابي يوسف هو الصحيح لان هذا شرط لا يبطل الوقف
لان الوقف يقبل الانتقال من ارض الى ارض فان ارض الوقف اذا غصبها غاصب واجرى عليها الماء حتى صارت
بحرا لا تصلح للزراعة بضمن قيمتها ويشتري بها ارضا اخرى فتكون وقفا مكانها وكذا ارض الوقف اذا قل نزلها
بحيث لا تحمل الزراعة والانتفاع بها من مؤنتها وتكون طاحة الارض في الاستبدال بارض اخرى وفي نحو
هذا من الانصاري صحة الشرط لكن لا يبيعها الا باذن الحاكم وينبغي للحاكم اذا رفع اليه وتامل منفعة الوقف
ان يأذن في بيعها اذا راى انظر لاهل الوقف واذا كان حاصله اثبات وقف آخر لم يكن شرطا فاسدا لعدم
اشتراط عدم حكمه وهو الذي بدا لي هو ثابت ولا يتأتى لحكم الوقف اذا صح الخروج عن ملكه فلا يمكن بيعه
الا بان نقول حكم ذلك على وجه ينفذ فيه شرطه الذي شرطه في اصل الوقف اذا لم يخالف امرا شرعيا وقد بينا
ان شرط الاستبدال لا مخالفة فيه فوجب اعتباره وكون تحمل الائمة ذكر مسيلة ثم قال ولهذا بين في خطامن
يجوز استبدال الوقف وكذا ما عن ظهير الدين رجوعه عنه بعد ان كان يفتي به لا يوجب اتباعه مع قيام
وجه غيره ولو اراد بقوله بجواز الاستبدال بغير شرطه الاستبدال فيما اذا كان احسن للوقف كان حسنا والحاصل ان
الاستبدال اما عن شرطه الاستبدال وهو مسيلة الخصاف او لا عن شرطه فان كان لخروج الوقف عن انتفاع
الموقوف عليهم به فينبغي ان لا يختلف فيه كالصورتين المذكورتين لنا من خان وان كان لا لذلك بل لتفق

ان امكن ان يوصل غلة الوقف بما هو خير منه مع كونه منتفعا به فينبغي ان لا يجوز كان الواجب ابقاء الوقف على ما كان عليه دون زيادة اخرى ولا موجب لتجويزه لان الموجب في الاول الشرط وفي الثاني الضرورة ولا ضرورة هنا اذ لا يجب الزيادة فيه بل يتقيد كما كان ولعل محل ما نقل عن السير الكبير من قوله استبدال الوقف باهل الاثر رواية عن ابي يوسف لهذا الاستبدال والا فالاستبدال بالشرط مذهب ابي يوسف المشهور عنه المعروف لا بمجرد رواية والاستبدال الثاني ينبغي ان لا يختلف فيه كما قلنا وفي فتاوى قاضي خان اجمعوا ان الواقف اذا شرط الاستبدال لنفسه يصح الشرط والوقف ويملك الاستبدال اما بلا شرط اثار في السير الى انه لا يملكه الا القاضي والمحقق ان محل الاجماع المذكور كون الاستبدال لنفسه اذا شرطه له وفي الثاني فيما لا شرط فيه لان اصل الاستبدال والمهم قد نقل الخلاف وعرف من هنا ان محل ما ذكرنا عن الانصاري ما اذا لم يشرطه لنفسه ثم اذا اشترى البدل للوقف صار وقفا والمتولي وقفيه ان يتفقه بلفظ يخصه وليس للقيم ان يوصي بالاستبدال لمن يوصي اليه عند موته بالوقف ومن فروع الاستبدال لو قال ان بعت هذا العبد فقد استبدلت به كثيرا او على ان ابيعه بقليل او كثيرا وعلى ان ابيعه واشتري بثمنه عبدا ففعل بطل لان فساد الوقت كما يبطله قال ان ابطلا ولو اقتصر على قوله ان ابيعه واشتري بثمنه ارضا جاز استحسانا واذا قال ان استبدل ارضا اخرى ليس له ان يجعل البدل دارا وكذا على العكس ولو قال بارض من البصرة ليس له ان يستبدل من غيرها لان الاماكن قد تختلف بجودة الارض وينبغي ان كانت احسن ان يجوز لانه خلاف الى خير ولم يشرط الاستبدال ولم يذكر شيئا استبدل ما شاء لعدم الفائدة ولو باع الوقف بغبن فاحش لم يجز البيع ولو قبض الثمن فتلف بتعد او بغير تعد ضمن قيمته يوم قبضه فلا يضمان عليه ولو استرى بالثمن عرضا هلك بالثمن وقفا فهو له والدين عليه ولو وهبه من المشتري صحت الهبة ويضمنه في قول ابي حنيفة ومحمد ابو يوسف اما لو قبض الثمن فتوى وهبه فالهبة باطلة اتفاقا ولو باعه بعرض فيه فيما بين قول ابي حنيفة يبيع وقال ابو يوسف وهلال لا يملك البيع الا بالنقود او بما رض تكون وقفا مكانه واذا باع الوقف ثم عاد اليه بما هو فسخ من كل وجه كان له ان يبيعه ثانيا وان عادت بعقد جديد لا يملك بيعها لانها صارت وقفا فكانه اشترى غيرها الا ان يكون عين لنفسه الاستبدال ولو رودت بعيب بقضا او بغيره قضا بعد القبض او قبل القبض بقضاء عادت وقفا وكذا اذا قال المشتري قبل القبض او بعده فله ان يضع بلا خرب ما شاء ولو استحقت الاولى فالقياس ينبغي ان تبقى الثانية وقفا وفي الاستحسان كما كان الثانية كانت وقفا من الاولى وبالاستحقاق انتقضت تلك المبادلة من كل وجه فلا ينبغي ان تبقى الثانية وقفا ولو شرط لنفسه ان يستبدل فوكل به جاز ولو اوصى به عند موته لم يكن للموصى اليه ذلك لان هذه الوكالة وهو حي لو تكن خلل امكنه الاستبدال بخلاف الوصي ولو شرط الاستبدال لنفسه مع آخر جاز ان يستبدا معا فتفرد بذلك الرجل لا يجوز ولو تفرد الواقف جاز كان هو الذي شرطه لذلك وما شرط لغيره فهو مشروط له كما لو نصب قاضيا بلدين من كل قيما كان لكل ان يتصرف وحده ولو ان احد هذين القاضيين اراد ان يعزل القيم الذي اقامه القاضي الاخر قال ان رأى المصلحة في ذلك كان له عزله والا فلا ولو شرط ابي الواقف الخيار لنفسه ثلثة ايام بان قال وقفت داري هذه على كذا على اني بالخيار ثلثة ايام جاز الوقف والشرط عند ابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله الوقف باطل وهو قول ابن ابي ليلى وهلال قال المصنف وهذا بناء على ما ذكرنا يريد الاصل المختلف فيه اعني شرط التسليم فان محمدا شرط تمام القبض ليتقطع حق الواقف فلا شك ان شرط الخيار يفوت معه الشرط المذكور لانه لا يتصور معه تمام القبض واما ابو يوسف فلما لم يشرط تمام قبض متولي ابتنى عليه جواز شرط الخيار وروى عن ابي يوسف ان الوقف جائز والشرط باطل وهو قول ابن ابي ليلى فان الوقت كالاعتاق في ازالة الملك لابي يوسف ان الوقف جائز والشرط باطل ولو اعتق على انه بالخيار عتق وبطل الشرط فلذا يجب هذا ولذا اتفقوا على ان شرط الخيار في المسجد يبطل وتم وقف المسجد ومثل ذلك قال الفقيه ابو الليث وقال محمد ينبغي ان يجوز الوقت ويبطل الشرط لانه شرط فاسد فلا يؤثر في المنع من الزوال ولكن محمد يقول بتمام القبض والقبض تم الوقف ومع شرط الخيار لا تتم الرمي وان القبض فيما كان كالاكراه ولا تتم معه بخلاف المسجد فان القبض ليس بشرط فيه عنده بل اقامة الصلاة فيه بجماعة ولذا في الاعتاق فان القبض فيه ليس شرطا والحاصل انه ان تم له شرط التسلم

في اصل الوقف ثم له هذا او قدنا ما فيه وتقييد الخيار بثلثة ايام ليس قيدا بل ان يكون معلوما فلو كان مجهولا بان وقف على انه بالخيار ولم يجوز بالاتفاق ولذا روي عن ابي يوسف انه قال ان سمى الخيار وقتا جاز الوقف والشرط وان لم يوقت له فالوقت والشرط باطلان ثم اذا لم يصح الوقف مع شرط الخيار عند محمد ولو ابطل الخيار قبل الثلث لم يصح لان الوقف لا يجوز الا موبدا واذا الخيار يمنع التابيد وكان شرط الخيار في نفس العقد خلاف البيع فان الخيار فيه لا يمنع جوازه بل يفسده اذا شرطه اكثر من ثلثة ايام لامتناع لزوم العقد بعد الايام الثلثة فلا يكون الفساد في اصل العقد فاذا اسقطه قبل الثلث جاز ذكره في فتاوى قاضي خان وابطل الوقف بالشروط الفاسدة ولهذا لو وقف ارضا على رجل على انه يقرضه دراهم جاز الوقف وبطل الشرط وفي فتاوى قاضي خان ايضا قال الفقيه ابو جعفر اعتاق المشتري قبل القبض جايز وقبل نقد الثمن موقوف فلذا الوقف ولو اشترى ارضا فوقفها ثم اطلع على عيب رجع بنقصان العيب ولا يكون للموقف بل له ان يضع به ما شاء **فروع** اشترى ارضا على الخيار فوقفها ثم اسقط الخيار صح ولو كان الخيار للبايع فوقفها المشتري ثم اسقط البايع الخيار لا يكون وقفا ولو وقفها البايع صح ولو وقف الموهوب له الارض قبل قبضها ثم قبضها لا يصح الوقف وكذا لو وقفها الموصى له بها قبل موت الموصي ثم مات الموصي وكذا لو وقفها في السرا الفاسد قبل قبضها ثم قبضها **واما فصل الولاية** فقد نص في الجامع الصغير في قول ابي يوسف حيث قال وجعل الولاية اليه جايز على قول ابي يوسف وهو قول هلال ايضا قال المصنف وهو ظاهر المذهب وذكر هلال في وقفه فقال وقوام ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له وان لم يشرط لم تكن له ولاية قال مشايخنا لا شبهة ان يكون قول محمد لان من اصله ان التسليم الى القيم شرط لصحة الوقف فاذا سلم لم يبق له ولاية فيه فهذا دليل على انه لم يثبت بقوله محمد به وكذا اطلق المصنف قوله وهو ظاهر المذهب واورد على هذا ان مقتضى اشتراط محمد التسليم الى القيم ان لا تثبت للواقف ولاية وان شرطها لنفسه لانه ينافي هذا الشرط اجيب بوجهين امرهما ان تاويل ذلك ان يكون شرط الولاية لنفسه ثم سلم الى المتولي فان الولاية تكون له عند محمد فانه ذكر في فتاوى قاضي خان وذكر محمد في السير انه اذا وقف ضيعة واخرجها الى القيم لا تكون له ولاية بعد ذلك الا اذا كان شرط الولاية لنفسه واما اذا لم يشرط في ابتداء الوقف فليس له ولاية بعد التسليم الى ان قال وهذه المسئلة بناء على ان عند محمد التسليم الى المتولي شرط الوقف فلا يبقى له ولاية بعد هذا التسليم الا ان يشرط الولاية لنفسه واما عند قول ابي يوسف التسليم ليس بشرط فكانت الولاية له وان لم يشرطها ومثل هذا الذي ذكره في الكتاب مذكور في الذخيرة والتحفة والاختيار ان معنى قول محمد ان شرط الولاية لنفسه يجب له ولاية بعد ذلك الا اذا كان شرط الولاية لنفسه واما اذا لم يشرط في ابتداء الوقت فليس له ولاية بعد التسليم الى ان قال وهذه المسئلة بناء على ان عند محمد التسليم الى المتولي شرط الوقف فلا يبقى له ولاية بعد هذا التسليم الا ان يشرط الولاية لنفسه واما على

على الوقف فللقاضي ان يخرجه نظرا للفقراء كما له ان يخرج الموحى نظرا للصغار ولهذا لو شرط ان ليس للسلطان ولا
لقاضي ان يخرجه عنه ويوليه غيره لا يلتفت لهذا شرطه اذا كان غير مامون لانه شرط مخالف لحكم الشرع فيبطل
وصرح بان ما خرج به الناظر مما اذا ظهر به فسق كشرب الخمر ونحوه وفي فتاوى قاضي خان لو جعل الواقف ولاية
الوقف الى رجل بن بعد موته فاوصى احدهما الى صاحبه في اخراج الوقف ومات جاز تصرف الحي في جميع الوقف وعن
ابي حنيفة رحمه الله اذا مرض مرضا لا يرجى برأه منه فقال ارضه وقفا لمرضى مرض الموت فجعل رجلا وصيا ولم يذكر
من امر الوقف شيئا فان ولاية الوقف لا تكون الى الوصي ولو قال انت وصيي في امر الوقف خاصة قال ابو يوسف
هو كما قال وقال ابو حنيفة هو وصي في الاشياء كلها **فصل** لما افضى المسجد باحكام تخالف احكام الوقف عند الملاك
عند ابي حنيفة لا يشترط في زوال الملك عن المسجد حكم الحاكم ولا الايحاب ويجوز بناؤه عند ابي حنيفة ولا يشترط التسليم
الى المتولي عند محمد وفرده بفصل على حدته واخره هذا ويمكن ان يجعل من ذلك ايضا ما لو اشترى ارضا شراء فاسدا
او قبضها وقفها على العقراء وعليه قيمتها للفقراء او لو اتخذها مسجدا قال الفقيه ابو جعفر ذكر محمد في كتاب الشفعة
انه لو اشترى ارضا شراء فاسدا وبناها او غرسها كان للبائع ان يأخذها بقيمة البناء والغرس وقول ابي يوسف
ومحمد ينقض البناء وترد الارض على البائع بفساد البيع قال فاشتراط البناء دليل على ان لا يكون مسجدا قبل البناء عند
الكل وذكر هلال انه يصير مسجدا في قول اصحابنا فصار فيه روايتان قال الفقيه ابو جعفر في الوقف يصير روايتان
والفرق على احدى عند هذا القائل ان في الوقف حق العباد كالبيع والهبة واما المسجد في خالص حق الله تعالى وما
هو كذلك يصح حتى انه لو قال لو اشترى دارا فجعلها مسجدا كان للشفيع ان يأخذها بالشفعة ولهذا اذا كان
للبائع حق الاسترداد كان له ان يبطل المسجد **فرع** واذا بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه ويطرقه عن ملكه
ويأذن للناس في الصلوة فيه فاذا فعل فيه واحدا زال ملكه عند ابي حنيفة ومحمد في رواية عنهما وفي رواية اخرى
عنهما لا يزول الا بصلاة جماعة وعند ابي يوسف يزول ملكه بمجرد قوله جعلته مسجدا اما قوله فلان الملك لا يزال بمجرد
القول فشبه محمد في اصله في اشتراط التسليم للزوال بالعتق ان تعينه لتحقق التسليم لما ان اخراج اليد وهو السبب
لا يتحقق الا فضمن التسليم الى العبد على ما مر لان كل عبد الى الذي يعود منفعته اليه غير ان المتولي يقام مقامهم
في القبض ومقام الواقف في اقباض الغلة لهم لكل وقف في العادة فتعين ولم تجر العادة في المسجد بذلك اذ ليس له
غلة يستحق الناس فاقيم حصول المقصود مقام التسليم وهو بالصلوة فيه وعلى هذا يخرج عن الملك بصلاة المنفرد
لان قبض الجنس يتحقق بالواحد وعلى هذه الرواية اختلفوا ولو صلى الواقف بنفسه وحده والصحيح انه
لا يكفي بان الصلاة انما تشتهر لاجل التبعض للعامة وقبضه من نفسه لا يكفي فكذا صلوته ووجه رواية اشتراط
الجماعة انا المقصود بالمسجد لاطلاق الصلاة فانا لا نتحقق في غير المسجد فكان تحقق المقصود منه بصلوة الجماعة ولهذا
يشترط كونها باذان واقامة عندهما ولو صلى له واحد اربعا وانما فاذن واقام وصلى وحده صار مسجدا بالاتفاق
لان اداء الصلاة على هذا الوجه كالجماعة ولهذا لو اراد بعد صلاة المؤذن هذه ان تعاد الجماعة لم يأت بعده على
هذا الوجه عند البعض وقول الكل لا يتعين المتولي بنى انه لو سلمه الى متولي جعله له صح وان لم يصل فيه احد وفيه اختلاف
المتأخر والوجه الصحة لان بالتسليم الى المتولي انما يحصل تمام التسليم اليه تعالى لدفع يده عنه وجه ابي حنيفة
في الفرق بين المسجد وغيره في الخروج عن الملك بلا حكم ما سبق ان بان لفظ الوقف والصدقة في قول الواقف
جعلت ارضي صدقة موقوفة ونحوها لا يوجب الخروج عن الملك لان لفظ الوقف لا ينبئ عنه والصدقة ليس معناها
الا التصدق بالغلة وهي معدومة فلا يصح بل الوقف ينبئ عن الابقاء في الملك ليحصل الغلة على ملكه فيتصدق بها
فيحتاج على حكم الحاكم لاخراجه عن ملكه ليعود ملكه في محل الاجتهاد بخلاف قوله جعلته مسجدا فانه ليس مبنيا
عن بقاء الملك ليحتاج الى انتفائه بزواله فاذا اذن في الصلوة فيه فصلى باذن فقد قصر العرف في ذلك بخروجه
عنه ومقتضى هذا امران احدهما انه لا يحتاج في جعله مسجدا للمتولي قوله وقفته ونحوه وهو كذلك وبه قال مالك
واحمد وقال ان في لابد من قوله وقفته او حبسته ونحو ذلك لانه وقف على قربة فكان كالوقف على الفقراء
ونحن نقول ان العرف جار بان الاذن في الصلوة على وجه العمر مع التخلية قيد الوقف على هذه الجهة فكان

كالتقبيض به

ثم قربة خربت وجهل مذارع تبنى مسجد اخر بماله عند ابي يوسف وهو قول لابي حنيفة ومالك والشافعي ومن
احمد يباع وينقض ويصرف الى مسجد اخر وكذلك الدار الموقوفة اذا خربت تباع وتنقل وتصرف ثمنها
الى وقف اخر لما روي ان عمر كتب الى ابي موسى الاشعري بالكوفة انقل المسجد الذي بالبحارين
واجعل بيت المال في قبلة المسجد وعند محمد يعود الى ملك الواقف ان كان حيا والى ورثته ان كان حيا
وان لم يعرف بانيه ولا ورثته كان لم يبعه والاستغناء بثمنه في بنا مسجد اخر وجه قوله انه عينه لقربة
وقد انقطعت فينقطع هو ايضا وصار كحصير المسجد وحشيشه اذا استغنى عنه وقد بان له اذا خرب المسجد
يعود الى ملك مخذه وكما لو كفن ميتا فافترسه سبع عاد الكفن الى ملك مالكه ولهذا لو الاحصار اذا زال الاحصار
فادرك الحج كان له ان يصنع بهديه ما شاء واستدل ابو يوسف وجمهور العلماء بالكعبة فان الاجماع على عدم خروج
موضعها عن المسجدية والقربة الان لقابل ان يقول القربة التي عينت له هو الطواف ومن اهل الافاق لم
ينقطع الخلق عن ذلك زمان الفترة وان كان لا يحج منهم الكفرهم على ان الايمان لم ينقطع من الدنيا اصلا فهذا كما
لو قسم بين ساعة عدة امثال فالاوجه انه بعد تحقق سبب سقوط الملك فيه لا يعود كما لو عتق كما لا يعود اذا
زال ملك مالك من اهل الدنيا الا بسبب يوجب تجدد الملك فما لم يتحقق لم يدا ما ناس عليه من بعدي الاحصار
فليس بلازم لانه لم يزل ملكه قبل الذبح وكذا الكفن باق على ملك مالكه انما زاح الانتفاع به على ملكه وقد استغنى
المستعير فيعود الى العين واما الحصير والقنديل فالصحيح من مذهب ابي يوسف انه لا يعود الى ملك مخذه
بل يحول الى مسجد اخر او يبيعه قيم المسجد للمسجد ولانه ما جعله مسجدا ليصلي فيه اهل هذه المحلة لا غير بل
ليصلي فيه العامة مطلقا اهل تلك المحلة وغيرهم واما الاستدلال باحد ما كتب عمر الى بيعه لانه يكن انما سوه
بانما دبيت المال في المسجد واستدلاله بالانتفاع بالاستدلال مردود بالحديث المشهور في الخلاصة قال محمد
في النوادر اذا جعل حبيسا في سبيل الله مضار بحيث لا يستطاع ان يركب يباع ويصرف ثمنه الى صاحبه او ورثته
كما في المسجد وان لم يعلم صاحبه يشتري بثمنه فرس اخر يغزا عليه ولا حاجة الى الحكم ولو جعل حجارة وملاة ومنخلا
وفناء في محلة ومات اهل تلك المحلة لا يرد الى الورثة بل يحول الى مكان اخر فان صح هذا من محمد فهو رواية في الحصير
والبواري انها لا تعود الى الوارث وهذا نقل عن الشيخ الامام الحلواني في المسجد والحوض اذا خرب ولا يحتاج اليه
لتفرق الناس عنه او ضاق به الى مسجد اخر وحوض اخر واعلم انه ينقطع على الخلاف بين ابي يوسف ومحمد فيما اذا
استغنى عن المسجد لخراب المحلة والقرية وتفرق اهلها ما اذا انهدم الوقف وليس له من الغلة ما يكن بها
عمارته انه يبطل الوقف ويرجع النقض الى بانيه او ورثته عند محمد خلافا لابي يوسف وكذا اذا انهدت
في سوق اغرق ومات بحيث لا ينتفع به ولا يستاجر بشي البته خرج عن الوقفية وكذا اذا خرب حوض محله خرب ليس
له ما يعمره لورثته فان لم يعرف فهو لقطة وكذا الرباط اذا خرب يبطل الوقف ويصير ميراثا ولو بنى رجل
على هذه الارض خانا للبابي واصل الوقف لورثته الواقف عند محمد فتامل من قال في حبس هذه المسايل
نظر فانه يسال عند الفتوى غير واقع موقعه وفي الفتاوى الظهيرية سئل الحلواني عن اوقاف المسجد
اذا انقطعت وتعذر استيفاؤها هل للمتولي بيعها ويشتري بثمنها اخرى قال نعم وروى هشام عن محمد انه قال اذا
صار الوقف بحيث لا ينتفع به الساكن فللقاضي ان يبيعه ويشتري بثمنه غيره وعلى هذا ينبغي ان تفتي
على قوله برجوعه الى ملك الواقف وورثته لمجرد تعطله او خرابه بل اذا صار بحيث لا يشترى بثمنه وقف
اخر يستغل ولو كانت غلته دون الاول وكذا للمتولي ان يبيع من تراب مسيله اذا كان فيه مصلحة وفي
فتاوى قاضيخان وقف على مسجد خرب ولا ينتفع به ولا يستاجر اصله يبطل الوقف ويجوز بيعه
وان كان اصله يستاجر بشي قليل مع اصله وقفا انتهى ويجب حفظ هذا فانه قد تخرب الدار وتصير
كوما وهي بحيث لو نقل نقضها استاجر ارضها من بنى او بغير سرو بقليل فينقل عن ذلك وتباع كلها للواقف
او لا يرجع نقضها اليه الا النقض فان قلت على هذا يكون سبيل الرباط التي ذكرناها متقيدة بما اذا لم تكن ارضه بحيث

تستاجر قلنا لا لان الرباط موقوف للسكنى وامتنعت بالهدامه بخلاف هذه فان المراد وقف
لاستغلال الجماعة المسلمين ولو انهدم بعض بنا الدار وليس تعمرها به يباع ويحاط ثمنه في يد القائم بامر الوقف
الى ان يحتاج اليه في الحال او الى مال اخر فيصرف فيه وكذا اذا يبس اشجار الارض الموقوفة وما يبيع من نفس الارض
لذلك وما يعطى المستخرج شيا من ثمن النفط الذي عينه بوجه من الوجوه لانه لما تعين بما سوى الغلة
بل الحال انه ان امكن شراء شئ يستغل ولو قليلا او اجارة الارض بشي ولو قليلا فعل وحفظ العمارة ما بقي ولو
خرب الكل وتعذر ان يشترى بثمنه مستغل ولو قليلا حينئذ يرجع الى ملك الواقف **قوله** ومن بنى سقاية
للمسلمين او خانا يسكنه ابن السبيل او رباطا وجعل ارضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند
ابي حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله قد زال ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند
الموت لتكون وصية فيلزم بعد الموت وله ان يرجع عنه قبل موته على ما مر كما في الوقف على الفقراء اول
الان الثابت في كل منها لفظ مبني على الخروج عن الملك كما قدمناه في وقفت وتصدقت وفي هذه الالفاظ مع ذلك
ثبوت تعلق حقه انتفاعا بعين الوقف كما ذكرنا بخلاف الوقف على الفقراء ونحوه بخلاف المسجد لا يشترط
في رواية عنه حكم ولا وصية لانه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص لله عز وجل بلا حكم وعند ابي يوسف يزول
ملكه بمجرد القول كما هو اصله وقوله قول الائمة الثلاثة كما مر وعند محمد لا يزول حتى يسلمه الى الناس من السقاية ويسكنوا
الخان والرباط ويدفنوا في المقبرة لان التسليم عنده شرط وتسليم هذه بما ذكرنا من تسليم الخان والرباط الى اخره وتكتفي
بالواحد في التسليم الموجب لزوال الملك لتعذر فعل الحبس اي تسليم الكل على تقدير تسليمهم وعلى هذا البيراذا اقتدوه
والحوض يزول الملك اذا استقى منها واحد او شربت دابة ومن ذلك ما لو اوقف على قطعة ارض له في الطريق المسلمين
وجعل طريقا يشترط فيه مرور واحد جاز ذلك على قول من شرط القبض في الاوقاف وكذا القنطرة يتخذها المسلمين
تلزم بمرور واحد ولا يكون بناء وهاسيرا ثا ولو سلم الى المتولي صح التسليم في هذه الوجوه امن السقاية والخان والرباط
والمقبرة والبير والحوض لانه امن المتولي نائب عن الموقوف عليهم فصله اي تسلمه كتسلمهم اياه بنفسهم واما في
المسجد فقيل لا يكون تسليما وقيل يكون وقد قدمناه مع وجهه ووجه المصنف الصحة بانه اي المسجد محتاج
الى من يكنسه ويغلق بابه فاذا سلم اليه صح التسليم لانه متولد للعرف واختلف في المقبرة قيل لا المسجد على قول
بانه لا يكتفى في ازالة الملك عنه التسليم الى متولد لانه لا متولي له فلا يزول الملك الا بالدفن فيها وقيل السقاية
فيصح بالتسليم الى المتولي **قوله** ولو جعل داره لله بمكة سكنى للحاج والمعتمرين او جعل داره في غير مكة سكنى
للمساكين او جعلها في ثغور سكنى للغزاة والمرابطين او جعل غلة ارضه للغزاة في سبيل الله ودفع
ذلك الى وال يقوم عليه فهو جايز ولا رجوع فيها اي في السقاية والمقبرة وفي الدار المسبلة عندنا للخروج
عن ملكه بذلك القدر وهو قول الائمة الثلاثة لان شرط الدفع الى المتولي كقول ابي يوسف وعند ابي حنيفة
له ان يرجع ما لم يحكم بذلك حاكم ثم روى الحسن عنه انه اذا رجع بعد الدفن لا يرجع في المحل الذي دفن فيه
ويرجع فيما سواه ثم اذا رجع في المقبرة بعد الدفن لا ينبش لان النبش حرام ولكن يسوى ويزرع وهذا على عين
رواية الحسن والفتوى في ذلك كله على خلاف قول ابي حنيفة رضي الله عنه للتعامل المتوارث هذا وتنازع المقبرة
بانه لو كان في المقبرة اشجار وقف كان للورثة ان يقطعوها لان موضعها لم تدخل في الوقف انما شغول
بها فاما لو جعل داره مقبرة لا يدخل مرضع الباني في الوقف بخلاف غير المقبرة فان الاشجار والبناء اذا كان في عقار
وقفه دخلت في الوقف تبعا ولو نبتت في بعد الوقف ان علم غارسها كانت للغارس وان لم يعلم فالذي ينبغي
للقاضي ان رأى بيعها وصرف ثمنها الى عمارة المقبرة فله ذلك وتكون بحكم كانها وقف ولو كانت قبل
الوقف للكن الارض ليس لها مالك فانها تخذها اهل القرية مقبرة فالاشجار على ما كانت عليه قبل جعلها مقبرة
ولو ان رجلا غرس شجرة في المسجد فهي للمسجد او في ارض موقوفة على رباط مثلا فهي للوقف ان قال الغارس
تغاهدنا ولم يقل فهي له بيد انهما لانه ليس له شرط هذه الاية الا يكون غارسا للوقف ولو غرس في طريق

العامة اوشط النهر العام اوشط المحدث القديم منهى للفارس لانه ليس له ولاية جعلها للعامة وكذا يجلس شط
بهذه القرية ولو قطعا انبت من عروقها اشجارا فهي للفارس ولو بنى رجل في المقبرة بيتا لحفظ اللبن ونحوه
ان كان في الارض سعة جاز وان لم يعرض بذلك اهل القرية لكن اذا احتيج لما ذكر المكان يرفع البناء ليقبر فيه
ومن حفر لنفسه قبرا فلغيره ان يقبر فيه وان كان في الارض سعة الا ان الاولى ان لا يوجد ان كان فيها سعة
وهو كمن بسط حجارة في المسجد او نزل في الرباط مجانا حز الا ينبغي ان يوحش الاول ان كان في المكان سعة وذكر الطحاوي
انه يضمن قيمة الحفر ليجمع بين الحقين ولا يجوز لاهل القرية الانتفاع بالمقبرة الدارسة فلو كان فيها حشيش
يحش ويخرج للدواب لا يوسل الدواب فيها مع جميع ما ذكرنا من سكنى الحكام ودار الغزاة والسقاية والاسقاء
من البير يستوي المتخذ والغير كلان وقت الغلة على الغزاة فيها حمل للفقراء ون الاغنياء منهم قول المصنف العارف
فيه العرف فان الواقفين من اهل العرف يريدون بذلك في الغلة الفقراء وفي غيرهم التسوية بينهم وبين الاغنياء
وان الحاجة تشمل الغني والفقير في الشرب والنزول الا ان الغني لا يقدر على استصحاب ما يشربه في كل مكان
وعليه ان يشتري ذلك في كل منزلة من السفر وعلى هذا ينبغي في الرباط ان يخص سكناه بالفقراء لان العرف على ان
بناء الاربطة للفقراء وهذان فصلان في المتولي والموقوف عليه والله اعلم **الفصل الاول** في المتولي اما الاول
من طلب الولاية على الاوقاف لمن طلب القضاء يتقلد والمتولي ان يشتري بافضل من غلة الوقف اذا لم يحتج الى
العمارة مستغلا ولا يكون وقفا في الصحيح حتى جاز بيعه ومن سكن دار الوقف غصبا او باذن المتولي بلا اجرة
كان عليه اجرة مثله سواء كان ذلك معدا للاستغلال او غيره معد له حتى لو باع المتولي دار الوقف فسكنها
المشتري ثم رفع الى قاض هذا الامر فابطل البيع وظهر الاستحقاق للوقف كان على المشتري اجرة مثله وللمتولي
ان يبتاجر من مقدم المسجد بكبسه ونحو ذلك باجرة مثله او زيادة يتفاوتان فيها فان كان اكثر فالاجارة له وعليه
ان ينفق من ماله على حاجة الوقف ولو اداخل جذعان من ماله في المسجد كان له الرجوع كالوصي اذا انفق على الصغير
وله ان يشتري من غلة المسجد دهنا وحصيرا واجرا وجصا لفرش المسجد ان كان الواقف وسع فقال ينفق ما يراه
مصلحة وان وقف لبنا المسجد ولم يزد فليس له ان يشتري ذلك فان لم يعرف له شرط يعمل ما عمل من قبله
ولا يستدين على الوقف الا اذا استقبل امرا بد منه فيستدين بامر القاضي ويرجع في غلة الوقف وذكر
الناطفي وكذا له ان يستدين لزراعة الوقف وبذره بامر القاضي لان القاضي يملك الاستدانة على الوقف
فصح بامره بخلاف المتولي لا يملكه والاستدانة ان لا يكون في يده شيء فيستدين ويرجع اما اذا كان في يده
مال الواقف فاشتري ونقد من مال نفسه فانه يرجع بالاجماع لانه كالوكيل اذا اشتري ونقد الثمن من ماله
نفسه فانه يرجع بالاجماع لانه كالوكيل اذا اشتري ونقد الثمن من ماله لكن ان يرجع وليس له ان يرفعه الى
الوقف فان فعل سكنا المرتهن ضمن اجرة المثل ولو انفق دراهم الوقف في حاجة نفسه ثم انفق من مال
نفسه في الوقف جاز ويبرا عن الضمان ولو خلط دراهم الوقف بمثلها من ماله كان ضامنا للكل ولو اجتمع مال الوقف
ثم ثابت ناببة من الكفر فاحتيج الى مال لدفع شرهم قال شيخ الاسلام ما كان من غلة المسجد الجامع يجوز
للحاكم ان يصرفه الى ذلك على وجه القرض اذا لم تكن حاجة للمسجد اليه وله ان يبني على باب المسجد ظلة
لدفع اذى المطر عن الباب من مال الوقف ان كان على مصالح المسجد وان كان على عمارته او ترميمه فلا والاصح
ما قاله ظهير الدين ان الوقف على عمارة المسجد ومصالح المسجد سواء اذا كان على عمارة المسجد لا يشتري منه
الزيت والحصير ولا يصير منه للزينة والشرفات ويضمن ان فعل من وقف ونقل ولم يجعل له متوليا
حتى حضرته الوفاة فاوصى الى رجل فان لم يكن وصيا وفيها هذا في قول ابي يوسف لان التسليم ليس بشرط
في الوقف في حوته بلا تسليم بخلاف ما لو جعل له فيما تم حضرته الوفاة فاوصى لا يكون هذا الوصي متوليا على الوقف
قيم مسجد مات فاجتمع اهل المسجد على جعل رجل فيما يغير امر القاضي فيقام وانفق من غلات وقف المسجد في
عمارته اختلف المشايخ في هذه التولية والاصح لا يصح بل نصب القيم الى القاضي لان لا يضمن ما انفق في العمارة
من غلاته اذا كان اجر الوقف واخذ الغلة فانفق لانه اقام الصحيح والاسنة غاصب والغاصب اذا اجر المغصوب

كان الاجر له ويتصدق به لذا في فتاوى قاضي خان وانت تعلم ان المعنى به تضمين غاصب الاوقاف بخلاف
ما اذا كان وقف على ارباب معلومين فان لم ان ينصبوا متوليا من اهل الصلاح لكن قبل الاولى ان يرفعوا امرهم الى
القاضي لينصب لهم وقيل بل الاولى في هذا الزمان ان لا يفعلوا وينصبوا هم وليس للاشراف ان يتصرف في مال الوقف
بل وظيفته الحفظ لا غير وهذا يختلف بحسب العرف في معنى الاشراف والمتولي ان يفوض الى غيره عند موته كالوصي
له ان يوصي الى غيره الا انه لو كان الواقف جعل ذلك للمتولي لا يملك الوصي اليه بل يرفع
الامر الى القاضي اذا ابتدع بعمله لينظر له اجر مثله الا ان يكون الواقف جعل ذلك للكل متول وليس للقاضي ان
يجعل للذي ادخله ما كان الواقف جعله للذي كان ادخله كان للواقف في هذا ما ليس للحاكم واذا اخذ المتولي
من مال الوقف ومات بلا بيان لا يضمن الا امانات تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل الا في ثلاث مسائل
هذه احدها والثانية اذا اودع السلطان القيمة عند بعض الغائمين ومات ولم يبين عند من اودع كان عليه
اما لو كان والثالثة القاضي اذا اخذ مال اليتيم عنده ولم يبين حاله حتى مات فقدوه كرهم عن محمد انه
يضمن ولو مال قبل موته ضاع مال اليتيم عندي او انفقته عليه ومات لا يكون ضامنا اما لو مات قبل ان يقول
ضمن وكذا لو باع المتولي دار الوقف ومات ولم يبين الثمن فانه يكون دينا في تركته وللناس ان ياخذوا
بقسوية ما بقي الوقف اذا مال الى اطلاقهم فان لم يكن له غلة يرفع الى القاضي ليامر بالاستدانة على الاصح وله
ان يبني قربه في ارض الوقف للاكرة وحفاظا ويجمع فيها الغلة وان بنى بيوتا يستغلها اذا كانت الارض
متصلة ببيوت المصر ليست للزراعة فان كان زراعتها اصلح من الاستغلال لا يبني وفي النوازل في انواع
ما يفعل من مال الوقف قال ان كان اجر للغلة ارجو ان يكون واسعا لا بأس بوجر الوقف اجارة طويلة
والكرم ما يجوز ثلاث سنين وليس له ذلك الا ان كانت اصلح للوقف ولو زرع الواقف ارض الوقف
وقال زرعت لنفسي وقال المستحقون بل للوقف فالقول قوله وعلى الواقف والمتولي في هذا نقصان الارض
وليس عليهما مثل اجر الارض ويقول القاضي له ازرعها للوقف فان قال ليس للوقف مال ازرعها بايره
بلا استدانة لذلك فان قال لا يمكنني يقول لاهل الوقف استدينوا فان قالوا لا يمكننا بل نزرع لانفسنا
لا يمكنهم لان الوقف في يد الواقف فهو احق به ولا يخرجه عنه الا ان يكون غير مامون ذكره هذا المسئلة بعينها
في فتاوى قاضي خان وغيره وينعزل الناظر بالجنون المطبق اذا دام سنة نص عليه الخصاف لا ان دام اقل من ذلك
ولو عاد اليه عمله وبراءته عاد اليه النظر وللناظر ان يوكل من يقوم بما كان اليه من امر الوقف
ويجعل له من جعل شيئا وله ان يعزله ويستبدل به الا ان يستبدل ولو جن انعزل وكيله ويرجع الى القاضي
في النصب ولو احتاج حاكم فيما فات او عزل فتقدم المخرج الى القاضي الثاني بان ذلك القاضي اخرجه بلا
صحيحة لا يخرجه لان امر الاول محمول على السداد ولان يكلفه ان ثبت عنده انه اهل وسوغ للناظر في هذا
الوقف فان فعل اعاده وكذا لو اخرجه لفسق وخيانة فبعد مدة اتاب الى الله واقام بينة انه صار اهلا
لذلك فانه يعيده وليس على الناظر ان يفعل الا ما يفعله امثاله من الامر والنهي بالمصالح ويصرف الاجد
من مال الوقف للعمارة بايديهم فلذا قلنا لو عمي او طرش او خرس او فلج ان كان بحيث يمكنه الكلام من الامر والنهي
والاخذ والاعطاء فله الاجر الذي عينه له الواقف وللناظر في الوقف على الفقراء ان يعطي قوما معينين دون قوم
ان تقطعوا ويعطي غيرهم لكن لا يدخل فيه بحيث يحاصرهم في وقف الخصاف ان حكم القاضي ان لا يعطي
غير هؤلاء الرجل لم يعط غيرهم وما لم يحكم بذلك له ان يعطي غيرهم ويجيره الا ان في كل منها تنفيذ شرط الواقف وقد
استفدت صحة هذا الحكم ولكن ساع بلا شروط حتى طفرت في المسئلة بقوله ان هذا الحكم لا يصح ولا يلزم

الفصل الثاني في الوقف عليه وقف على زيد ثم المساكين فمات زيد ومعه مساكين ولكل على زيد دين
فمات احدهما لو ظهر انه كان ميتا فنصيبه للمساكين ولكل اذا ارادوا جميعا وان قبل بعد الرد لا يعود ومن قبل منه
ليس له ان يرد بعد ذلك اما لو قال لا اقبل سنة وقبل ما سوى ذلك فانه يجوز وحصته من هذه السنة
للباقين من اهل الوقف ثم يتراكمون فيما بعدها ولو قبل سنين سماها ليس له ان يردها بل بعدها وقوله على ولد لا

ابدا ما ثبتا سلوا وزوه الموجود ون صار للفقرا فاذا جا ابن بعدهم رجع من الفقرا اليهم الا ان يردوه ولو ردوا احد
منهم فقط فالغلة كلها لمن قبل وجعل من لم يقبل كالميت كلاف ما لو اوصى بثلثه لولد عبد الله وكانوا يومئذ
اربعة فرد واحد فخصته لورثة الموصي وهذه مما افترق به الوصية والوقف والفرق ذكره هلال وغيره وعلى
فلان وولده فرده وفلان لم يقبل رده فهو مال الولده صغارا ما دام واحد منهم فالكل له فان لم يكن له ولد وقت
الوقف بل ولد ابن كان له لا يشاركهم من ولد منهم في البطون فان كان ابن بنت لا يدخل في ظاهر الرواية
وبه اخذ هلال وعن محمد يدخل وصحح ظاهر الرواية ثم اذا ولد للواقف ولد لصلبه رجع من ابن الابن اليه ولو ضم
الى الولد ولد الولد فقال علي ولدي وولد ولدي ثم للمساكين استوى الصلبيون واولاد بنيه واولاد بناته
لذا اختاره هلال والخصاف وصححه في فتاوى قاضي خان وانكر الخصاف رواية حرمان اولاد البنات وقال
لم احد بقوم برواية ذلك عن اصحابنا وانما روي عن ابي حنيفة فيمن اوصى بثلثه لولد زيد ابن عبد الله فان وجد
له اولاد وذكور واناث لصلبه يوم يموت الموصي كان بينهم فان لم يكن له اولاد لصلبه بل ولد ولد من اولاد
الذكور والاناث كان لولد الذكور دون البنات فكانهم قاسوا على ذلك وهذه هي وزان المسئلة الاولى
وفرق شمس الائمة بينها وبين هذه بان ولد الولد اسم لمن ولده وبنته وولده بخلاف قوله ولدي فان ولد البنت
لا يدخل في ظاهر الرواية لان اسم ولده يتناول ولده لصلبه وانما وضع في ولد ابنه لانه ينسب اليه عرفا
قال وذكر محمد رحمه الله ان ولد الولد يتناول ولد البنت عندا صحابنا لكن ذكر المصنف في التجنيس ان الفتوى
على ظاهر الرواية ثم اذا اختلفوا في الاختيار والوجه الذي ذكره شمس الائمة من صدق ولد الولد على ولد البنت
صحيح من حيث اللغة لكن وجه ظاهر الرواية التمسك فيه بالعرف فانه يتبادر من قول القايل ولد ولد
فلان ولد اولاد ابنه وكلام الواقفين منصرف الى العرف فان تخاطبهم به بخلاف ما اذا لم يضف الى الولد
كما يقال ولدت فلانة فانه يقال اولدت ذكرا وانثى فان هذا الاستفهام ظاهر في عدم فهم الذكر مخصوصة
واذا عرف الاختلاف في دخول اولاد البنات في اولاد اولادي فيجب فيما لو قال على الذكور من اولادي واولاد
اولادي اذ دخلوا ابن البنت على الخلاف لا يدخل على ظاهر الرواية لانه ليس ابن ولد الولد وعلى الرواية
الاخرى يدخل نظرا الى الغرض ولد الولد لا يعطى لمن بعدهم بل للفقرا ولو قال ولدي وولد ولدي وولد ولد
صرفت الى اولاده ابدا ما تناسلوا ولا يصرف للفقرا ما كان من نسله واحد ويستوي الاقرب والابعد الا ان
يرتب الواقف ولو قال اولادي بلفظ الجمع يدخل النسل كله لذكر الطبقات الثلث بلفظ ولدي ولو قال
ولدي واولادهم وله اولاد واولاد مات اباؤهم قبل الوقف لا يدخلون مع اولاد الاولاد الموجودين لانه لما قال
بعد موت اولاده على اولادي فانما اراد الموجودين وضمير اولادهم يرجع اليهم خاصة بخلاف اولادي واولاد
اولادي لا موجب للقصر على الاولاد الموجودين فتدخل اولاد الذين ماتوا من قبل معهم ولو قال اولادي وهم
فلان وفلان وعدهم للفقرا فان احد الثلثة اعطي نصيبه للفقرا للتباين من اخوته بخلاف ما لو لم يقل
فلان وفلان بل اولادي ثم العقار يصرف الكل للواحد اذا مات من سواه ولو قال على بني وله ذكران صرف
اليهم وان كان واحد فله النصف والنصف الاخر للفقرا لان اقل الجمع اثنان فانما جعل مستحق كله اثنين
وعليه فرع ابن الفضل قوله على المحتاجين من ولدي وليس في ولده محتاج الا واحد ان النصف له والنصف
الاخر للفقرا غير انه يشكل باولادي فانه يصرف للواحد الا ان يكون عرف في اولادي يخالف كل جمع لمادة
غير كبني والمحتاجين ونحوه مما هو جمع غير لفظ اولاد ونقل الخلاف بين ابي يوسف ومحمد فيما لو اعطى النصيب
نصيب الفقرا الواحد اجازه ابو يوسف لان الفقرا لا يحصون فكان المقصود الجنس ومنعه محمد لتجمعه
فاوجب اعطا اثنين وتدخل البنات في قوله بني واختاره هلال وعن ابي حنيفة اختصاص الذكور به قال
بعض المشايخ في المسئلة روايتان انتهى والوجه الدخول لما عرف في اصول الفقه وعليه بنوا قول المتاخرين
امنون على بني تدخل البنات قال في الخلاصة وهذا ما يستقيم في بني اب يحصون اما في ابناء لا يحصون فينبغي
ان تقال هذه المراة من بني فلان انتهى يعني فتدخل المراة بلا تردد ولو لم يكن له الا بنات صرفت الغلة للفقرا

وعلى

وعلى بناتي لا يدخل المذكور ثم المستحق من الولد كل من ادرك خروج الغلة عالمة في بطن امه حتى لو حدث ولد
بعد خروج الغلة بما قل من سنته اشهر ومن حدث الى تمام ما فصاعدا لا تستحق لا تتيقن بوجوده وقت في البطن
عند خروج الغلة فاستحق فلو مات قبل القسمة كان لورثته وهذا في ولد الزوجة اما لو جات بولد لاقل من
ستة اشهر فانه عند ابي حنيفة لا يستحق لانه متهم في ادراء على الغير اما على باقي المستحقين كلاف ولد الزوجة
فانه حصين ولدت الفراش والنسب ولو مات الواقف من غير تمهل وقت يمكن فيه الرجوع الى اهله فجات
بولد لستين من يوم وقف استحق من كل غلة خرجت فيما بين ذلك ولذا لو طلقها عند الوقف لا تحتمل مدة
كذلك كلاف ما اذا كان الموت والطلاق بعد زمان يمكن فيه الرجوع احتمال انه من حمل حدث ومزوج الغلة
التي هي المناط وقت انعقاد الزرع حبا وقال البعض يوم يصير الزرع منتفعا وذكره في فتاوى قاضي خان وهذا في
الجبة خاصة وفي وقف الخصاف يوم طلعت الثمرة وينبغي ان يعتبر وقت امانة العاهة كما في الحب كما نقله
بامين العاهة وقد اعتبر انعقاده واما على طريقة بلاد ما من اجارة اوان الوقف لمن يزرعها لنفسه باجرة يستحق
على ثلاثة اقساط كل اربعة اشهر قسط فيجب اعتبار ادراك الغلة فكل من كان مخلوقا قبل تمام الشهر الرابع حتى
يتم وهو مخلوق استحق هذا القسط ومن لا فلا وهذا كله كلاف ما لو قال على اصاغر ولدي او الصور منهم او العميان
فان الوقف يختص بهم ويعتبر الصغر والعور والعمى يوم الغلة كلاف الوقف على مساكين البصرة مثلا وبغداد
يعتبر بكبي البصرة يوم الغلة والاصل انما كان لا يزول فهو كالاسم العلم وكذلك اذا زال على وجه لا يحتمل العود يعتبر
وجوده يوم الوقف كلاف الفقرا او كبي البصرة يحتمل العود بعد الزوال ولو قال من خرج لبسط سهمه فخرج
واحد ثم عاد لا يعود سهمه كما لو وقف كما لو وقع على الايامى على من تزوجت بسط سهمها فتزوجت براحد ثم
طلقت لا يعود الا ان كان نص على ذلك وكل من مات من المستحقين اذا ربين الواقف حال حصته بعد موته يقسم على
الباقين متى تنتقض القسمة في كل سنة ويعطى الغني والفقير من الاولاد ان عين المحتاجين من ولده فيلزم فتى
ادعى الحاجة منهم لم يعط ما لم يبينه عند القاضي ولو تعارضت بينة فقر وغناه حرم تقديم بينة غناه لانها اكثر اثباتا
ومن ولد لاقل من ستة اشهر من حين خروج الغلة لا يستحق عند هلال لانه لا يوصف بالحاجة في بطن امه ولذا لم يجعل نفقة
الحامل في مال من في بطنها واستحق عند الخصاف لانه كان مخلوقا قبل مجيء الغلة وهو الاصل ولو لم يكن فيهم محتاج كان
للمساكين ومن افتقد بعد الغائر جع اليه الكل وفي وقف الخصاف رضه الله لو اجتمعت عدة سنين بلا قسمة حتى
استغنى قوم وافتقر اخرون ثم قسمت يعطى من كان فقيرا يوم القسمة ولا نظر الى من كان فقيرا يوم الغلة
ثم استغنى فاعطيه كلاف من لم يكن موجودا الا وقت القسمة لا يعطى من هذه القسمة شيئا بل ما بعدها وكذا لو حدث
عميان اولاده وغرمائه فيستوا والمحتاج الذي يصرف اليه من تدفع اليه الزكوة ولا يكون له ارض او دار يستغلها
وان له ثمن غلتها بكفايته حتى يبيعها وينفق ثمنها او يفضل منه اقل من نصاب كلاف من له دار التي يستغلها وعبد الخدمة
وليس للموقوف عليهم الدار سكناها بل الاستغلال كالبس للموقوف عليهم السكنى لا الاستغلال واعلم انه اذا ذكر اولاده
واقاربه صح للغني والفقير منهم الا ان يخص الفقرا كما ذكرنا واما غيرهم قال شمس الائمة اذا ذكر مصرفا فيهم فنصيب على الحاجة
فهو صحيح سواء كانوا محصورين او غير محصورين كان المطلوب وجه الله تعالى ومتى ذكر مصرفا يستوون فيه الاغنيا والفقرا
فان كانوا محصورين فذلك صحيح له باعتبار حقيقة اللفظ كالتباين فالوقف عليهم صحيح ويصرف للفقرا منهم دون
اغنيايهم فانتفى على هذه اما لو وقف على الرجال او النسا او المسلمين او الصبيان او على مضر او ربيعة او على تيم او بني
هاشم لا يجوز حتى من ذلك لانتظامه الاغنيا والفقرا مع عدم الاحصا ولا تميز في الاستعمال ونص الخصاف على ان
الوقف على الزمنى والعميان والمعوران باطل من قبل انه ينتظم الغني والفقير وهم لا يحصون وكذا على فقرا القرا
وعلى الفقرا او قال على اصحاب الحديث او الشعرا كل ذلك باطل لما ذكرنا والذي يقتضيه الضابط الذي ذكر شمس الائمة
انه تصح على الزمنى والعميان وفقرا القرا والفقرا واهل الحديث ويصرف للفقرا منهم كالتباين لا لاستعدادهم
استعدادا لان العمى والاشتغال بالعلم يقطع عن الكسب فيغلب فيهم الفقر وقد صرح في الوقف على الفقرا باستحقاق
الفقرا منهم وهو فرع الصحة والمسئلة المذكورة في اخر فصل المسجد من الهداية يقيد ذلك وهو ما اذا جعل غلة ارضه

وقفا على الفراة اندفع ويصرف الى فقراء الفراة مع ان اسم الفراة ينتظم الغني والفقير ولهم الخصوص عندانه د
ليشعر بالحاجة وضرب وقف هلال على جوازه على الزمن ويدفع للفقرائهم وصرح في وقف الخصاف بصحة الوقف
على اراملبني فلان وانه لكل ارملة كانت يوم الوقف او حدث سواكن بحصين اولا وهو للفقراء منهن اذا كان بالغة
فمن اعطي منهن اجزاء والارملة المستحقة كل بالغة فاقدلها زوج وطلقها اومات وخالفتها الايامي فاذا وقف على ايامي
بني فلان وبعدهن للمساكين اوايامي قرابتي وان لم تكن بحصين فالوقف جايز وغلته للغنية وان لم تكن بحصين لم يجز
الوقف فيكون للمساكين والايم المستحقة كل انثى حومعت ولو يجوز ولا زوج لها بالغة اولا ولو قال على كل نايب من بني فلان
او من قرابتي فان لم تكن بحصين جاز لهن ولكل من يحدث منهن وان لم تكن بحصين في وقت فترة من الفترة فهو باطل والغلة
للمساكين والنايب كل من حومعت ولو يجوز لها زوج اولا وان لم تبلغ ولا بكار قرابتي وبني فلان فان لم تكن بحصين فهو لهن
ولم يحدث ابدا وان لم تكن بحصين بالوقف عليهن باطل وهو للمساكين والبكر من لم تجامع وان كانت العذرة زايلة وفي
كل ما لا يحصى مما ذكرنا انه لا يصح معه الوقف لو قيد فقال للفقراء منهن جاز ومتى اعطى اجزاء كالوقف على الاقارب
وقف على اهل بيته ثم المساكين وخل الغني والفقير من ينتسب الى الاب الذي ادرك الاسلام اسلم ذلك الاب
اذا من كان موجودا حال الوقف اوحدث بعد ذلك من الرجال والنساء والصبيان لاقل من ستة اشهر من مجيء الغلة
ولو كانوا امراء فوقين لعظم اوكفارا مبينين ولا يدخل ذلك الاب ويدخل اب الواقف واجداده وولده لصلبه
واولاد الذكور وان سفلوا ولا تدخل ابنا البنات من ولده الا اذا كان اباهم ممن ينتسب الى ذلك الجد الذي
ادرك الاسلام ولا يدخل الواقف ولا اولاد عماته ولا اولاد اخواته اذا كانا باوهم من غير اخوين وقوله على آل وجنس
كاهل بيتي ولا يخص الفقراء الا ان خصهم وقوله على الفقراء منهم وعلى من افتقر منهم سواحيث يكون لمن يكون فتفرقت
الغلة وان كان غنيا وقت الوقف ولا تتقيد بمن كان غنيا فافتقر على الصحيح ولو وقف على قرابته فهو لمن ينتسب
الى اقصى اب في الاسلام من قبل ابيه والى اقصى اب له في الاسلام من قبل امه لكن لا يدخل ابو الواقف وان اولاده
لصلبه في دخول الجد وابنا ان وظاهر الرواية لا يدخل ولد ولد اولاد البنات واولاد العمات والخالات والاجداد
والاعلون والجدات ورحمي وارحامي وكل ذي نسب مني كالقرابة وعلى عيالي يدخل كل من كان في عياله من الزوج
والولد ومن كان يعوله من ذوي الرحم وغير ذوي الرحم واذا عرف هذا فلو قال على اهل بيتي فاذا انقرضوا فعلى
قرابتي فهو صحيح وتصرف بعدهم لمن ينتسب من قبل ابيه ولو عكس فقال على قرابتي فاذا انقرضوا فعلى اهل
بيتي لم يصح ومثله لو قال على اخوتي فاذا انقرضوا فعلى اخوتي لابي وله اخوة متفرقون اذ بعد انقراض
الكل لا يبقى له اخ فيكون بعد انقراضهم للمساكين وعلى جبرانه يجوز شرهم عند ابي حنيفة رضي الله عنه الملاصقون
فهو جميع من في كل دار ملاصقة من الاحرار ولو كانوا اهل ذمة والعبيد بالسوية قربت الابواب او بعدت وعند
ابي يوسف هم الذين يجمعهم محلة واحدة او مسجد واحد فان جمعهم محلة واحدة وتفرقوا في مسجدين في محلة واحدة
ان كان المسجد ان صغيرين متقاربين فان تباعدا وكان مسجد عظم جامع فكل اهل مسجد جيران دون الآخرين
وقال محمد هم الملاصقون السكان سواكانوا ملاكين للدار اوساكنين بغير هذا ان الله تعالى لا تدخل الارقاء من
اشتمل من الجوار على الكلاب في الجار بطل حقه من الوقف

كتاب البيوع

عرف ان مشروعات الشارع
منقسمة الى حقوق الله تعالى خالصة وما اجتمع فيه حقان وحقه تعالى غالب وما اجتمعا فيه وحق العبد غالب
فحقوقه تعالى عبادات وعقوبات وكفارات فابتدا المصنف بحقوق الله تعالى الخالصة وغير العبادات
اذ هي اخر انواعا تم شرع في حقوق العبادات وهي المعاملات ثم في ترتيب خصوص بعض الابواب على بعض
مناسبات خاصة وذكرت في مواضعها ووقع في اخر ما ترتيب اول اقسام العباد يعني البيع على الوقف
ووجه ان الوقف اذا صح خرج المملوك عن ملك الواقف لا الى مالك وفي البيع الى مالك فنزل الواقف
في ذلك منزلة البسيط من المركب والبسيط مقدم على المركب في الوجود فقدمه في التعليم هكذا ذكر
والاعلى ستروعه في المعاملات من زنا ن فما تقدم من اللقطة واللقيط والمفقود والشركة من
المعاملات ثم البيع مصدر فقد يراد به المفعول فيجمع باعتباره كجمع المبيع وقد يراد به العين

رهو

وهو الاصل فجمعه باعتبار انواعه فان البيع يكون سلما وهو بيع الدين بالعين وقلبه وهو البيع المطلق وصرفا
وهو بيع الثمن بالثمن ومقايضة بيع العين بالعين وخيارا وتجرا وسوجل الثمن ومرابحة وتولية ووضيعة
وغير ذلك والبيع من الاضداد يقال باعه اذا اخرج العين من ملكه اليه وباعه اي اشتراه وتعدى بنفسه
هنا بحرف باع زيد الثوب وباعه سنه واما مفهومه لغة وشرعا فقال في الاسلام البيع لغة مبادلة
المال بالمال وكذا في الشرع لكن زيد فيه التراضي انتهى والذي يظهر ان التراضي لا بد منه لغة ايضا
فانه لا يفهم من باعه وباع زيد عبده الا انه استدل بد بالتراضي وان الاخذ غصبا واعطاني راهن من غير
تراض لا يقول عنه اهل اللغة باعه وشرعية البيع بالكتاب وهو قوله تعالى واحل الله البيع والسنة وهو
قوله عليه السلام يا معشر التجار ان بيعكم هذا يحضره اللغو والكذب فشوبوه بالصدقة وبعث
عليه الصلاة والسلام والناس يتبايعون فقررهم في ذلك عليه والاجماع منعقد عليه وسبب شرعيته
تعلق البقاء المعلوم فيه لله تعالى على وجه جميل وذلك لان الانسان لو استقل بابتداء بعض حاجاته
من حرث الارض ثم بذر الحب وسقيه وحراسته وحصده ودراسته وتذريته ثم تنظيفه وطحنه
وعجنه لم يقدر على مثل ذلك في الكتان والصوف للبسه وبنا ما يظله من الحر والبرد الى غير ذلك فلا بد
من ان تدفعه الحاجة الى ان يشتري شيئا ويهدي اسرا وله شيء فلو لم يشرع البيع سببا للتمليك في البدلين
احرج الى ان يوخذ على التغالب والمقاهرة او السوال والاستحاذة او يصبر حتى يموت وفي كل ما لا يخفى
من الفساد وفي الثاني من الذل والصغار ما يقدر عليه كل احد ويزري بصاحبه فكان في شرعيته بقاء
المكلفين المحتاجين ودفع حاجاتهم على النظام الحسن وشرطه في المباشرة التمييز والولاية الشرعية
الكاينة من ملك او وكالة او وصية او قرابة وغير ذلك نصح في بيع الصبي والمعتوه الذي يعقلان
البيع واثره في المبيع كونه مالا يتقوم شرعا مقدورا التسليم في الحال او في ثاني الحال فخرج المسلم
وقد قالوا الشرط هنا شرط الانعقاد وهو التمييز والولاية وكون المبيع متقوما ومن شرط النفاذ
وهو الملك والولاية حتى اذا باع ملك غيره توقف النفاذ على الاجازة ممن له الولاية واما كونه
فالفعل المتعلق بالبدلين من المتخاطبين او من يقوم مقامهما الذال على الرضى بتبادل الملك فيهما
وهذا امر مشهور الاسم شرعا وقد يكون ذلك الفعل قولا وقد يكون فعلا غير قول كما في المعاطاة كما سيأتي
وقد يكون الرضى ثابتا وقد لا يكون فان لفظ بعت مثلا ليس علة لثبوت الرضى بل امارة عليه فقد
يتخلف عنه كالقيم الرطب للمطر فكذا التحقق بعت واشتريت وارض كاني في بيع المكره وهذا على ما
اخترناه من ان حقيقة التراضي ليس جزء مفهوم البيع الشرعي بل شرط ثبوت حكمه شرعا **قوله** البيع
ينعقد بالايجاب والقبول يعني اذا سمع كلام الاخر وقوله البايع لم اسمعه وليس به صمم وقد سمعه في
المجلس لا يصدق فالمراد بالبيع هنا المعنى الشرعي الخاص المعلوم حكمه وانما قلنا هذا لانه ينعقد بالايجاب
والقبول فجعلها غير يثبت هو بهما مع ان البيع ليس الا الايجاب والقبول لانهما كما علمت انفا
من ان ركنه الفعل الدال اجزه هذا ولكن الظاهر ان المراد بالبيع هنا ليس الا نفس حكمه لا معنى له ذلك الحكم
وما قيل البيع عبادة عن معنى شرعي يظهر في المحل عند الايجاب والقبول حتى يكون العاقد قادرا على التصرف
ليس بحكم الذي هو الملك لانه هو الذي يثبت به قدرة التصرف فالمتحقق من الشرع ليس
الا ثبوت الحكم المعلوم مرتبا على المحلين عند وجود الفعلين يعني الشرطين بوضعه سببا له شرعا وليس
هنا شيء ثالث فالملك هو قدرة يثبتها الشارع ابتداء بحكم التصرف فخرج الوكيل فاذا امتنع ان يراد الفعل
الخاص لزم الاخذ بالايجاب لغة الاثبات لاي شيء كان والمراد هنا اثبات الفعل الخاص الذال على الرضى
الواقع او السواقع من البايع كبعت او من المشتري كان يشتري فيقول اشتريت منك هذا بالف
والقبول الفعل الثاني واما فكل منهما ايجاب منهما يسمى الاثبات الثاني القبول تمييزا له عن الاثبات
الاول ولانه وقع قبولا ورضى بفعل الاول وحيث لم يصح ارادة اللفظين بالبيع بل حكمهما وهو الملك في البدلين

وهبان يراد بقوله ينعقد يثبت اي الحكم فان الانعقاد انما هو للعقدين لا للملك اي انضام احدهما الى الاخر
على وجه يثبت اثره الشرعي وقولنا بالقبول اند الفعل الثاني يفيد كونه اعم من اللفظ وهو كذلك فان
من الغريب ما لو قال لكل هذا الطعام بدرهم فاكله ثم البيع واكله حلال والركوب واللبس بعد قول البايع اركبها
بايعه والبسه بكذا رضي بالبيع وكذا اذا بعثكه بالف فقبضه ولم يقل شيئا كان قبضه قبولا بخلاف بيع التعاطي
فانه ليس فيه ايجاب بل قبض بعد معرفة الثمن فقط وسيأتي مثله في جعل سيلة القبض بعد قوله بعتكه بالف
من صورة التعاطي كما فصل بعضهم نظر ونحو فتاوى قاضي خان قال اشتريت منك هذا الثوب بكذا فتصدق
به على هو لا يفعل البايع قبل ان يتفرقا فاجاز وكذا اشتريت منك هذا الثوب بكذا فاقطعه لي قميصا
فقطعه قبل التفرق وقوله اذا كان بلفظ الماضي مثل ان يقول احدهما بعت والاخر اشتريت قال المصنف
ان البيع انشاء تصرف اي اثبات تصرف يريد بما ثبت خبرا والانشاء على هذا الوجه لا يعرف الا بالشرع
لما فيه من اثبات معنى يكون اللفظ علة له والعبد لا يقدر على ذلك انما له قدرة الاخبار عن الكائن وما
سيكون وطلبهم مفهوم الالتماس من التمني والترجي والقسم والاستفهام اصطلاح في تسميته ما لا خارج لمعناه بقطع
النظر عن ايقاعه انشاء وهو يعم ما ذكر وغيره مما بيانيه الا ترى ان لفظ لعل زيدا ياتي وليت زيدا ياتي ما ليس علة للترجي
ذلك او تمنيه بل دال على الترجي والتمني بالتكلم كانه اخبر عن قيامهما به غير ان اهل الاصطلاح لا يسمونه
اخبارا لما قلنا بخلاف بعت وطالق فانه علة ثبت به شرعا سمان لا قدرة للتكلم على اثباتها والحاصل ان
الانشاء على هذا الوجه لا يمكن الا من له الخلق والامر تبارك الله رب العالمين وسواسمى غيره انشاء اصطلاحا او
واذا كان الانشاء لا يعرف بالشرع ولم يضع له في اللغة لفظ يخصه والشرع استعمل في اثباته من اللغة ما يجر
اي وضعه علة لاثباته تعالى ذلك المعنى عنده فينعقد اي يثبت به واما تعليله فان لفظ الماضي اذا دل
على الوجوه فانه لا يصدق الا بتحقق الوجود سابقا فاختياره فربما يعطي قصد التعليم وليس كذلك
بل الوجه انه تعليل اولوية لفظ الماضي بان يستعمل فيه من غيره فانه لا يختص عليه ستسمع **قوله**
ولا ينعقد بلفظ من احدهما بلفظ المستقبل بخلاف النكاح فانه اذا قال زوجني فقال زوجتك ينعقد
لحجره ذلك اما البيع فاذا قال بعنيه بالف فقال بعتك لا ينعقد حتى يقول الاول اشتريت ونحوه وهذا
ونحوه مما قال الطحاوي انه قد تنعقد بثلثة الفاظ قال وقد سر الفرق هناك يعني قوله لان هذا
توكيل يعني زوجني فاذا قال زوجتك كان ممتثلا امر الموكل مزوجا له وليا لمن زوجا والواحد يتولى
طرفي النكاح حصلت اجابا لان النكاح لا يصح بالخطبة فيه وطلبه الا بعد مراجعات وتامل واستخاره
غالبا فلا يكون لفظ طلبه طلبه اعني زوجني مساومة فلا يتم العقد بجواب الاخر وعلى هذا يتم فرق
المصنف لا انه مبني على كونه توكيلا واما الفرق بان رد النكاح بعد اجابه يلحق الثيب بالولي بخلاف
رد البيع فمبني على جعل الامر اجابا ثم فيه نظر لانه لو صح لزم امتناع رجوعه بعد قوله زوجني بتتك قبل قوله
زوجتك لانه ايضا شيء واختيار يلحقهم وهذه ثمانية مواضع منها البيع والاقالة لا يختص بالامر فيهما من الايجاب
ومنها النكاح وانخلع يقع فيهما ايجابا بالخامسة اذا قال لعبده اشتريت نفسك مني بالف فقال فعلت عتق
السادسة في الهبة قال وهب لي هذا فقال وهبته منك تمت الهبة قال لصاحب الدين ابرئني عما لك
من الدين فقال ابرأتك تمت البراءة السابعة لو قال اهل بلد لفلان فقال قبلت تمت
فاذا كان غائبا واجاز كفالته جاز ولعلم ان عدم الانعقاد بالمستقبل هو اذا لم ينو او دلت
الحال فينعقد به في القضاء لان صيغة الاستقبال تحتمل الحال فيثبت بالنية ذكر في التحفة بصيغة
الاستقبال مطلقا وفي الكافي فقر اللام على المضارع فقال الصحيح الطحاوي ان المضارع في الاصل موضوع
للحال وقوعه في الاستقبال بقرينة مجوز انتهى وعلى هذا ينبغي ان تقبل قوله اذا ادعاه وكذبه الاخر لانه
حقيقة اللفظ بخلاف المستقبل وهو الامر فلو ادعى في قوله يعني انه اراد معنى اشتريته منك بكذا ينبغي ان لا
يصدق القاضي مثال ذلك ان يقول ابيع منك هذا بكذا او اعطيكه فقال اشتريته او اخذه ونويا الايجاب

للحال واعلم ان المراد بالمستقبل الذي ينعقد به بنية الحال هو المضارع وتسميته مستقبلا على احد القولين
والا فالمختار انه موضوع للحال واما الامر فلا يوجد شيء من الكتب المتداولة ذلك مع انه هو المستقبل في
الحقيقة وذلك لانه انشاء وبينه وبين الاخبار كمال الانقطاع فلا يجوز به فلا يقال بعينه والمراد اشتريته
فلا ينعقد به الا في قوله خذه بكذا فينعقد لثبوت الايجاب اقتضاء ومثل الامر المقرون بالسين نحو
سابيعك فلا يصح بيعا ولا يجوز به في معنى بعتك في الحال فان ذكر السين نافى قرينة الحال واعلم ان
كون الواحد لا يتولى طرفي العقد في البيع مخصوص منه الاب لشتري مال ابنه لنفسه او يبيع ماله منه
والوصي عند ابي حنيفة اذا اشترى لليتيم مال نفسه او لنفسه منه بشرطه المعروف في باب الوصية
وقيده في نظم الزيد وسبى بما اذا لم يكن نصبه القاضي وقوله رضيت هذا بدرهم فقال بعتكه او قال اشتريته
بدرهم فقال رضيت او قال اعطيتكه بكذا فقال فعلت او اجزت او اخذت كل هذه الالفاظ من قبل البايع
او المشتري يتم بها البيع لما فاده انه اثبات المعنى والرضى به وكذا لفظه خذه بكذا ينعقد به اذا قبل بان قال
اخذته ونحوه لانه وان كان مستقبلا لكن خصوص مادته اعني الامر بالاخذ يستدعي سابقة البيع فكان
كالماضي الا ان استدعاء الماضي سبق البيع بحسب الوضع واستدعاء خذه بسبقه بطريق الاقتضاء كما اذا قال
بعتك عبدي هذا بالف فقال فهو حر عتق وبثبت اشتريت اقتضاء خلاف ما لو قال هو حر بلا مال يعتق وان
لم يصح بهذه ونحوها لانها تودي معنى البيع والمعنى هو المعتبر في هذه العقود احترازا عن الطلاق والعتاق فان
اللفظ فيها يقام بمقام المعنى واعلم تعلم ان الاقامة اللفظ مقام المعنى اثر في ثبوت حكمه بلا نية ليس غير فاذا
بلفظ الماضي ولا ينعقد بالمستقبل ثم تقييده بما اذا لم ينوه فانه ينعقد به في الماضي وغيره بالنية ومن
الصريح لفظه ثم تقع اجابا في قول المستام انبيعني عبدك بالف فقال نعم فقال اخذته مهما بيع لازم
وكذا ابيعك ومنه اشتريته منك بالف ان وافقك وان اعجبك او ان اردت فقال وافقني او اعجبني
او اردت العقد ولو قال بعتكه بكذا بعد وجود مقدمات البيع فقال اشتريت ولم يقل منك صح وكذا
على العكس وكذا اذا قال بعد معرفة الثمن ان اديت ثمنه فقد بعته منك فادى في المجلس جاز استحسانا

فروع في اختلاف الايجاب والقبول

قال بعتكه بالف فقال اشتريته بالفين جاز فان
قبل البايع الزيادة تم بالفين والا صح بالف اذ ليس له ولاية ادخال الزيادة في ملكه بلا رضاه ولو قال اشتريته
بالفين فقال البايع بعتكه بالف جاز كانه قبل بالفين وحط عنه الفا ولو ساومه بعشرة فقال بعشرين
قبضه من يده ولم يتم لزم بعشرة فلو كان في يد المشتري فزاد الامر فذهب به والباقي بحاله فهلك
عندهم جميعا وقال الطحاوي يلزمه باجرهما كلا ما مطلقا ولو قال بعتكه بالف بعتكه بالفين فقال
قبلت الاول بالف لم يجز لان البايع قد رجع عنه وليس هكذا في الطلاق والعتاق فان قال قبلت البيعين
جميعا بثلثة الاف فهو كقوله قبلت الآخر بثلثة الاف يعني يكون البيع بالفين والالف زيادة وان
شاء قبلا في المجلس وان شاء ردهما وكذا ان بايعه ديناد وانما يلزمه الثاني وقيل يلزمه الثمنان والاول
في الزيادة وهو اوجه واذا قبل الزيادة في المجلس لزم المشتري **قوله** ولهذا ينعقد اي ولان المعتبر
هو المعنى ينعقد بالتعاطي في النفيس والخسيس قيل النفيس نصاب السرقة فصاعدا والخسيس ما دونه
وقوله هو الصحيح احتراز من قول الكرخي فانه انما ينعقد بالتعاطي في الخسيس فقط واراد بالخسيس
الاشياء المحتقرة كالبقل والرغيف والبيض والجوز استحسانا للعادة قال ابو اسحاق رايت مسفيان
الثوري جالسا على صاحب الرمان فوضع عنده فلسا واخذ رمانة ولم يتكلم ومضى وجه الصحيح ان المعنى وهو
الدلالة على التراضي يشمل الكل وهو المصحح فلا معنى للتفصيل وفي الايضاح هو خلاف ما ذكره محمد في الاصل
في مواضع انتهى وفي شرح الجامع الصغير لفخر الاسلام في رجل قال لرجل يعني هذا العبد لفلان فاشتراه
له ثم انكر ان يكون فلان امره بذلك ثم جاء فلان فقال انا امرته قال ابا خذه فلان فان قال لم امره
وقد كان اشتراه له لم يكن له الا ان يسلمه المشتري له فان سلمه واخذه الذي اشتراه له كان بيعا

الذي اخذه من المشتري وكانت الموهوبة عليها الاخذ على المشتري قال على صحة التقاطي في التقييد وفي
المنتقى له على اخر الف درهم فقال الذي عليه المال للذي له المال اعطيك بالف دنانير فساومه بالدنانير
ولم يقبض بعد ثم فارقه فجاءه فدفعها اليه يريد الذي كان ساومه عليه ثم فارقه ولم يتفارقا بيعا جاز
الساعة وكذا لو ساوم رجلا بشيء وليس معه وعاشر فارقه وجاء بالوعاء فاعطاه الثمن وكان له جاز ومن
صورة ما جاء الموديع بامة غير الموديع وقال هذه امتك والوديع يعلم انها ليست اياها وحلف فاخذها حل
الوطء للموديع وللامة التمكين ومن اي يوسع لو قال للخياط هذه ليست بطانتي فخلف الخياط انها هي وسعه
اخذها وما قبول الاكمال للمزار هذا الثوب بدرهم فقال ضعه وفي اجناس الناطفي لو قال بكم تبيع قفيز
حنطة فقال بدرهم اعزله فهو بيع وكذا لو قال للقصاب مثله فوزنه وهو ساكت فهو بيع حتى لو امتنع
من دفع الثمن واخذ اللحم او امتنع القصاب من دفع اللحم اجبرهما القاضي وكذا اذا قال زنها ما عندك من اللحم على حسابها
ثلثة ارطال بدرهم فوزن خلاف ما لو قال زنها بثلثة ارطال فوزنها له الخيار ولانه ليس معلوما بخلاف
ما لو قال من هذا الجنب او من الخلف وكذا قوله لمن جا بقربطيخ فيه كبار وصغار بكم عشرة من هذه فقال بدرهم
فخذ عشرة اختارها فذهب بها والبايع ينظر او عزل البايع عشرة قبلها المشتري ثم البيع واختلف في ان
قبض البدلين شرط في بيع التقاطي او احدهما كاف والصحيح الثاني وفي محمد رحمه الله على ان بيع التقاطي يتم
بقبض احد البدلين وهذا ينتظم والمبيع ونصه في الجامع على ان تسليم المبيع يكفي لامتناع الاخر وسقوط الرد بها
خيار العيب والبايع يتيقن انها ليست له فاخذها ورضي فهو بيع بالتقاطي **قوله** واذا اوجب احد المتعاقدين
البيع فالاحق بالخيار وهذا ظاهر والقبول ان تقابل وان تراخى وللموجب انهما كان باقيا او مشترطا ان يرجع
قبل قبول الاخر عن الايجاب لانه لم يتم له حق بطله الاخر بالاعراض القوي كالرد على التاجر له بعد الايجاب حق
التملك والموجب هو الذي اثبت له هذه الولاية له ان يرضى بها كعزل الوكيل والرسل ولا يعارض التملك حقيقة
الملك فلو لم يجز الرجوع لزم تعطيل حق الملك بحق التملك وولاية الايجاب بنفيه الاترى ان للاب حار التملك لمال
ولده عند الحاجة وقبل تملكه بالفعل كان للولد ان يتصرف فيه كيف شاء ولو صادف رد البايع بقبول المشتري بطل
اورد في الكافي الزكاة المحل ليس له حق استرداد ها لتبوت حق التملك للفقير وحاصل جوابه ان الاصل الموجب
للدفع تام وهو النصاب واما الفقر فصفة وهو انما فبعد اخذ السبب حكمه ثم الامر وفيما نحن فيه ولم يوجد
الاصل بل شرطه فلا يكون البيع موجودا وله ان يقبل ما دام المجلس قايما فان لم يقبل حتى اختلف المجلس لا ينعقد
واختلافه باعتراض ما يدل على الاعراض من الاشتغال بعمل اخر ونحوه اما لو قام احدهما ولم يذهب فظاهر
الهداية وعليه مشى جمع انه لا يصح القبول بعد ذلك واليه ذهب قاضي خان حيث قال فان قام احدهما
بطل معنى الايجاب كان القيام دليل الاعراض فان قيل الصريح اقوى من الدلالة فلو قال بعد القيام قبلت
ينبغي ان لا تثبت الاعراض قلنا الصريح انما كان اقوى ويصل اذا بقي الايجاب بعد قيامه وهنا لم يبق فان
الاصل ان لا يبقى اللفظ بعد الفراغ منه ولا يجتمع قوله قبلت الا ان للمجلس اثرا في جميع المتعرفات وبالقيام
لا ينتفي المجلس وقال شيخ الاسلام في شرح الجامع اذا قام البايع لم يذهب عن ذلك المكان ثم قبل المشتري صح
واليه اشير في جمع النوازل وهذا شرح لقوله فيما يأتي وايهما قام الى اخره وعلى اشتراط اتحاد المجلس
ما اذا تبايعا وهما ميتان او يسيران ولو كانا على دابة واحدة فاجاب الاخر لا يصح لاختلاف المجلس في
ظاهر الرواية واختار غير واحد كما للطحاوي وغيره انه ان اجاب على فور كلامه متصلا جاز وفي الخلاصة
عن النوازل اذا اجاب بعد ما مشى خطوة او خطوتين جاز ولا شك انهما اذا كانا يمشيان متصلا
يتبع الايجاب الاخير مكان اخر بلا شبهة ولو كان المجلس في صلاة فريضة فشرع نفلا واجاب صح وكذا لو كان
في نافلة فضم اليها ركعة الايجاب اخرى ثم قبل خلاف ما لو اكله اربعا ولو كان في بيده كوز فشرب ثم اجاب
جاز وكذا لو اكل لقمة لا يستبدل المجلس بها اذا اشتغل بالاكل ولو نام جالسين لا يختلف ولو مضطجعين
احدهما فهي فرقة والسفينة كالبيت فلو عقدا وهي تجري فاجاب الاخر انقطع المجلس بحر بانها لا تنهى

لا يملكان ايقافا وقيل يجوز في الماشيتين ايضا ما لم يتغرقا بذا تيهما اما الشد بلا افتراق فلا وهكذا في خيار
التخيرة خلافا لمحمد في الثلاثة ولو قال بعتك بالف فلم يقبل حتى قام البايع في حاجة بطل **قوله** والكتاب
كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتبر بلوغ مجلس الكتاب وصورة الكتاب ان يكتب اما بعد فقد بعت عبدي منك
بكذا فلما بلغه وفهم ما فيه قال قبلت في المجلس انعقد والرسالة ان يقول اذهب الى فلان وقل ان فلان
باع عبده فلانا منك بكذا فجاء فاخبره فاجاب في مجلسه ذلك بالقبول وكذا اذا قال بعت عبدي فلانا من فلان
بكذا فاذهب يا فلان فاخبره فذهب فاخبره فقبل وهذا لان الرسول يا قل فاذا قبل اتصل لفظه بلفظ الموجب
حكما فلو بلغه بغير امره فقبل لم يجز لانه ليس برسول مضمونا ولو قال بلغه يا فلان فبلغه غيره فقبل جاز ولو ان
المكتوب بعينه بكذا فقال بعتكه لا يتم ما لم يقبل الاول قبلت واما ما ذكر في المبسوط لو كتب اليه بعني بكذا فقال
بعته يتم البيع وليس مراد محمد هنا من هذا تسوي الفرق بين النكاح والبيع في شرط الشهود لبيان اللفظ الذي
ينعقد به البيع وقيل بالفرق بين الحاضر والغايب فبعني من الحاضر يكون استيجابا ما عادة واما من الغايب
بالكتابة فيراد به احد شطري العقد هذا ويصح رجوع الكاتب والمرسل عن الايجاب الذي كتبه وارسله قبل
بلوغ الاخر وقبوله سواء علم الاخر او لم يعلم حتى لو قبل الاخر بعد ذلك لم يتم البيع خلافا لما روى عن محمد
الوكيل قبل البيع فباع الوكيل فانه ما لم يعلم الوكيل بالعزل قبل البيع فبيعه نافذ وعلى هذا الجواب في الاجارة
والهبة والكتابة واما الخلع والعتق على مال فانه يتوقف شطر العقد في حق المراة والعبد بالاجماع اذا
كانا عالمين على القبول في مجلس بلوغ الخبر خلافا لعكس وهو ان تقول المراة خالعت زوجي وهو غايب فقال
العبد قبلت عتق سيدي الغايب على الف فانه لا يتوقف بالاجماع وفي النكاح من الخلاف فعند ابي يوسف
يتوقف وعند هما **قوله** وليس له ان يقبل بعد اخره بمعنى الا ان يرضى الاخر بذلك بعد قوله في البيع وليكون
المبيع مما ينقسم الثمن عليه بالاجزاء كعبد واحد لو مكيل او موزون فاما ان كان مما لا ينقسم الا بالقيمة كثوبين
وعبدين لا يجوز ان قبل الاخر وتكلم على عبارة الكتاب هنا فانها مما وقع فيها تجاذب فتقول تظاهر
من نظم الكلام ان ضميره في قوله وليس له راجع الى احد المتعاقدين في قوله واذا اوجب المتعاقدين
البيع او للاخر وحينئذ يكون اعم من البايع والمشتري فمعناه في البايع انه اذا اوجب المشتري بان قال اشتريت
هذا الثوب او هذا الثوب بعشرة فليس للبايع ان يقبل البيع في بعض المبيع من الثوب او الثوب لعدم رضى
الاخر بتفريق الصفقة لانه قد يتعلق غرضه بالجملة لسبب حاجته للكل ويعسر عليه تحصيل باقي الثوب
لعزته وبعده لا يتيسر بحاجته فلو لزمنا البيع في البعض انصرف ماله ولم تندفع حاجته وغيره ذلك من الامور
واما في المشتري فمعناه اذا اوجب البايع البيع فليس للمشتري ان يقبل في بعضه اذ يتضرر بتفريق الصفقة
لان العادة ان بعض البايعون الجيد في الردي ليروجونه فلو الزمناه البيع بقي الردي وذهب ما يروجه
به فيتضرر بذلك ومعلوم ان القبول في بعض المبيع يكون ببعض الثمن لحذفه المصنف للعلم به لكن على هذا
القول لا حاجة لقوله ولا ان قبل المشتري ببعض الثمن لان ذلك يستفاد من العبارة الاولى بطريق الدلالة
فلزم كون الضمير للبايع ولفظ المشتري بايينا للفاعل لتصحيح كلامه اي وليس للبايع ان قبل في بعض المبيع الذي
اوجب فيه المشتري البيع ولان قبل المشتري في بعض المبيع فما اذا كان الموجب هو البايع والحاصل ان عدم صحة القبول
في البعض للزوم تفريق الصفقة فوجب ان يعرف بما اثبت اتحادها او تغرقا فاعلم انه تارة يكون من تعدد
القابل وتارة من عدم تعدد القابل امتناعه لما فيه من الزام الشركة مثاله ان يقول البايع للمتعددين بعتكما
هذا بالف فقال احدهما اشتريت دون الاخر تعددت ولا يلزم لانه لو لزم تفرق في النصف لانه انما خاطبهما بالكل
فكان مخاطبا كلا بالنصف فلو لزم صار شريكا للبايع فدخل عليه عيب الشركة بلا رضاه وكذا لو قال رجل لمالكي
عين اشتريت منكما هذه بالف فاجاز احدهما دون الاخر فان بيعه فانذ بقدر نصيبه فتعددت فلو لم تتعدد
المشتري الموجب بالشركة ايضا واما اذا كان الموجب اثنين خاطبا واحدا فقال لا بعتكما او اشتريتا منك هذا
بكذا فاجاب هو في بعضه لا يلزم لتعددها بتعدد العاقد لما فيه في البعض الاخر من الموجب فان كان

واحدا والباقي بحاله كان من تعدد الصفقه ايضا فعرف ان هذا من جهة اخرى لا من تعدد العاقدين واما من
غيره فبصورتين احديها ان يوجب البايع لمثلين او واحد فيحي او مثلي فيقبل في البعض ويوجب المشتري
ذكرنا بان يقول اشتريت منك بهذا فقبل البايع في البعض فان في كل منها الصفقة واحدة فاذا قبل في بعضها
فسد فيها ولا يصح فلو كان بين ثمن كل منها فلا يخلو اما ان يكون بلا تكرار لفظ او بتكراره فيما اذا كرره فالاتفاق
على انه صفقتان فاذا قبل في احداهما يصح مثل ان يقول بعتك هذين العبدين بعتك هذا بالف او اشتريت
منك هذين اشتريت هذا بالف وهذا بالف كذا في موضع وفي موضع ان يقول بعتك هذين بعتك هذا بالف
وهذا بالعين وفيما اذا تكرره مثل بعتك هذين هذا بماية فظاهر الهداية انه صفقتان وبه قال بعضهم وقال
آخرون صفقة واحدة فان مراد صاحب الهداية اذا كرر لفظ البيع فاما اذا لم يكرره وقد اتحد الايجاب
والقبول والعاقد ولم يتعدد الثمن فالصفقه واحدة قياسا واستحسانا فلبس له ان يقبل في احدهما وقيل الا في
استحسانا وهو قول ابي حنيفه رضي الله عنه والثاني قياس وهو قولهما والوجه الاكتفا بمجرد تقرر الثمن
لانا الظاهر ان فايدته ليس الا قصده بان يبيع منه ايهما شاء الا فلا لو كان غرضه ان يبيعهما منه
جملة لم يكن منه فايده لتعيين ثمن كل منها **قوله** واذا حصل الايجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما
الا من عيب او عدم رؤية وهو قول مالك رحمه الله وقال الشافعي واحمد رحمهما الله لهما خيار المجلس لقوله
صلى الله عليه وسلم المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا او يكون البيع خيار رواه البخاري من حديث بن عمر رضي الله
عنه قال قال النبي صلى الله عليه وسلم البيعان بالخيار ما لم يتفرقا او يقول احدهما لصاحبه اختر ورواه البخار
ايضا من حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه عليه السلام البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ولنا السمع والقياس
اما السمع فقوله تعالى يا ايها الذين امنوا اوفوا بالعقود وهذا عقد قبل التخيير وقوله تعالى ولا تاكلوا
اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وبعد الايجاب والقبول تصدق تجارة عن تراض غير
متوقف على التخيير فقد اباح تعالى اكل المشترى قبل التخيير وقوله تعالى واشهدوا اذا تبايعتم امر
بالتوثق بالشهادة حتى لا يقع التجاحد للمبيع والبيع يصدق قبل الخيار بعد الايجاب والقبول فلو ثبت
الخيار وعدم اللزوم قبله كان ابطالا لهذه النصوص ولا مخلص له من هذا الا ان يمنع تمام العقد قبل الخيار
وسنقول العقد الملزم يعرف شرعا وقد اعتبر الشرع في كونه ملزما اختيار الرضي بعد الايجاب والقبول
وسنقول العقد الملزم يعرف شرعا وقد اعتبر الشرع في كونه ملزما اختيار الرضي بعد الايجاب
والقبول بالاحاديث الصحيحه ولذا لا يتم التجارة عن التراضي الا به شرعا فاذا باع الاكل بعد الاختيار
اعتباره في التجارة عن تراض واما حديث حبان بن منقذ رضي الله عنه حيث قال النبي صلى الله عليه وسلم
اذا ابتعت فقل لا خلابة ولي الخيار فقد اثبت له اشتراط خيار اخر هو ثلثة ايام فانما يدل على
ان خيار ثلثة ايام ثابت الا باشتراط فيصلح العقد اصل الخيار ولا يخلص الا بتسليم امكان معرفة
اعتبار الخيار في لزوم العقد وادعاء انه غير لازم من الحديث المذكور كما فعل المصنف بنا على ان حقيقة
المتبايعين المتشاغلان بامر البيع من ثم البيع بينهما وانتفى لانه مجازه والمتشاغلان يعني المتشاغلان من
يصدق عند ايجاب احدهما قبل قبول الاخر فيكون ذلك هو المراد وهذا هو خيار القبول وهذا اختيار ابراهيم
النخعي رحمه الله عليه لا نقال هذا ايضا مجاز لانا قبل القبول الاخر الثابت بايع واحد لا متبايعان
لانا نقول هذا من المواضع التي تصدق الحقيقة فيها جزء من معنى اللفظ كالمخبر لا حقيقة له الا حال التكلم
بالخبر والخبر لا يقوم به دفعه لتصدق حقيقته حال قيام المعنى بل على التعاقب فاجزاه به فيما لضرورة
تصدق بخبر الحال النطق ببعض حروف الخبر والا لم يتحقق له حقيقة ولانا نفهم من قول القايل زيد
وعمرو متبايعان على وجه التبادر انهما مشتغلان متراوضان فيه فليكن هو المعنى الحقيقي
والحمل على الحقيقي متعين فيكون الحديث دليل اثبات خيار القبول لنفي توهم انهما اتفقا على الثمن وتراضيا
عليه ثم اوجب احدهما البيع يلزم الاخر من غير ان يقبل ذلك اصلا للاتفاق والتراضي السابق في الزامه

بلام احدهما

ان الاعواض في البيع اما دراهم او دنانير فهي ثمن سواء قوبلت بغيرها او بجنسها ويكون صرفا واما اعيان فهي مبيعة
مكيلة والامور دنية فهي مبيعة ابدا لا يجوز في البيع الا عينا اما فيما يجوز فيه السلم كالثياب والكرباس فيجوز
في الذمة دون السلم لتثبت دينا موجلا في الذمة على انها ثمن وحينئذ يشترط الاجل لانها ثمن بل لتصيره
ملحقا بالسلم في كونها دينا في الذمة فكذا قلنا اذا باع عبدا بثوب موصوف في الذمة الى اجل جاز ويكون بيعا
في حق العبد حتى يشترط قبضه في المجلس بخلاف ما لو اسلم الدراهم في الثوب وانما ظهرت احكام السلم فيه في الثوب
حتى يشترط في الاصل دامتع بيعه قبل قبضه لانحاقه بالمسلم فيه او مكيل او موزون او عددي متقارب كالبيض
فان قوبلت بالنقود في مبيعات او باثمانها من المثليات فما كان موصوفا في الذمة فهو ثمن وما كان معينا
فهو مبيع فان كان كل منهما معينا فما صحبه حرف الباء او لفظ على ان كان ثمنا والاخر مبيعا وقال خواهرزاده
رهمه الله في شهادات الجامع المكيل والموزون اذا لم يكن معينا فثمن دخل عليه حرف الباء او لم يدخل فكذا لو
قال اشتريت منك لذا حنطة بهذا العبد لانه على الاطلاق السلم فيجب ان يضرب الاجل للحنطة واعلم
ان التقدير بالمشروط قد يكون عرفا كما يكون بفتاوى لو قال اشتريت منك هذا الثوب او هذه
الدار او هذه البطيخة بعشرة ولم يقل دنانير او دراهم ان كان في البلد يتباع الناس بالدنانير والدراهم
والفلوس يتعقد البيع في الدار بعشرة دنانير وفي الثوب بعشرة دراهم وفي البطيخ بعشرة الفلس وان كان
الناس لا يتباعون بهذه الجملة ينصرف الى ما يتباع الناس بذلك النقد انتهى وحاصل هذا انعقاد اصح في بلدم
بالعدد فتعيين العدد من كونها دراهم او دنانير فلو شائبت على ما يناسب المبيع ولو وقع في شك مما
يناسب وجب ان لا يتم البيع ويجوز البيع بثمن حال وموجل الا طلاق تعالى واجل البيع
وبالثمن موجل بيع وفي صحيح البخاري عن عائشة رضي الله عنها اشترى رسول الله صلى الله عليه وسلم طعاما من يهودي
الى اجل ورهنه درعا له من حديد وفي لفظ للصحيحين طعاما بنسيئة وقد سمى هذا اليهودي في سنن البيهقي
اخرجه عن جابر انه عليه السلام رهن درعا عند ابي الشحم رجل من بني ظفر شعيرا وابدان يكون الاجل معلوما
لان جهالته تفضي الى المنازعة في التسليم والتسلم فهذا يطالبه في قريب المدة وذاك في بعيدها
وانه عليه الصلاة والسلام في موضع شرط الاجل وهو التعيين حيث قال من اسلف فليسلف
في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم وعلى كل ذلك انعقد الاجماع واما البطلان فيما اذا قال بعتك بالف
حالا او بالف الى سنة فلجهالة الثمن وهي جهالة الاجل ما اذا باعه بالف على ان يؤدي اليه الثمن في بلد آخر ولو قال
الى شهر على ان يؤدي الثمن في بلد آخر جاز بالف الى شهر وبطل شرط الايفاء في بلد آخر لان تعيين مكان الايفاء
فيما لا حمل له ولا مؤونة لا يصح فلو كان له حمل ومؤونة صح ومنه على قول محمد ما اذا باعه على ان يدفع الى المبيع
قبل ان يدفع الثمن فان البيع فاسد لان محمدا رحمه الله علل بتضييعه احلا مجهولا حتى لو سمى الوقت الذي يسلم اليه
فيه المبيع جاز البيع واما ابو يوسف فانما علله بالشرط الذي لا يقتضيه العقد ومن اطلق الثمن
في المبيع اي اطلقه عن ذكر الصفة بعد ذكر العدد بان قال بعشرة دراهم تلا انصرف الى غالب نقد البلد
لانه هو المتعارف فينصرف المطلق اليه فان كان الطلاقا سم الدراهم في العرف يختص بها مع وجود دراهم
غيرها فهو تخصيص الدراهم بالعرف النوعي وهو من افراد تلك الحقيقة بدلالة العرف وان كان النقد
الغالب كان من ترك ذكرها بدلالة العرف وكل منهما واجب تجريا للجواز وعدم اهدار الكلام العاقل فان كانت
النقود مختلفة النقود المالية كما ترى والناس فيه مختلفون في الجواز سواء البيع فاسد لعدم امكان
العرف ليأخذ احدها بعينه دون الآخر لما فيه من التحكم عند الثاني في الزواج لم يحكم الصرف الى احدها فالحاصل
ان المتعارف به المالية جاءت الجهالة المفضية الى المنازعة لان المشتري يريد دفع الانقص مالية والبائع
يريد الاعلى فيفسد البيع الا ان ترتفع الجهالة بيان احدهما في المجلس ويرضى الآخر كما شاع المعهود قبل
تقرره وصار كالمعروف قال الدابوسي لو سمى هذا الثوب بنقص العشرة التي عليك ومعنى هذا الآخر بباقي
العشرة فقال نعم كان صحيحا لعدم افضاء جهالة الثمن الاول الى المنازعة ضم البيع الثاني اليه اذ هو بصير

تمنها

تمنها عشرة وهذا محمول على قول الدابوسي بعد قول الدبوسي نعم وهو ان كانت مختلفة المالية والرواج بما
فالبيع صحيح ويصرف الى الاروج للوجه الذي تقدم من وجوب العمل بالعرف والعادة وكذا اذا كانت متساوية
المالية والرواج يصح البيع ويؤدي من ايها شاء لانه اكثر نفعا فلو طلب البائع احدها بعينه كان للمشتري
ان يعطيه من الصنف الآخر لان الامتناع عن قبض ما اعطاه المشتري مع انه افضل لا آخر عليه ليس فيه الا التعنت
وبهذا قلنا الدراهم والدنانير لا تتعين حتى لو اراد دفع احدهما جاز سواء كان نقد البلد المالية والتعامل
اما اذا كانت بيلادم مختلفة المالية وكذا الركني والحليتي في الذهب افضل اما ليه عند هم والعدا
اسم لدرهم هو له ويجوز بيع الطعام وهي الحنطة وقيدنا خاصة في العرف الماضي كما يدل عليه حديث النظم كما خرج
على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعا من طعام او صاعا من شعير فقوله والحبوب عطف العام على الخاص او بعد وكذا ما في
اي وباقي الحبوب تلا ينتاول الطعام مكايلة اي بشرط عدد من الكيل والا في اللغة المكايلة ان يكيل له ويكيل لك
ومجازفة اي لا كيل ولا وزن بل يراه الصبرة والحزر في الاصل الاخذ بكثرة من قولهم حزر له في الكيل اذا اكثر
ومرجعه الى المساهلة قال المصنف وهذا يعني البيع مجازفة مقيد بغير الاموال الربوية اذا بيعت بجنسها فلا
يجوز مجازفة لاحتمال الربوا وهذا مانع لتحقيق الربوا وهذا ايضا مقيد بما يدخل تحت الكيل مما واما ما لا يدخل
تحته وحنث بن فيجوز في الفتاوى الصغرى عن محمد انه كرة التمرة تقال ما هو من الكثير صرح في القليل والقيد
مقيد ايضا بما اذا باع غير الحبوب من الربويات بجنسها كتمر بكفة فانه لا يخرج عن المجازفة بسبب انه
لا يعرف قدره ومع ذلك لو باع الحصة بكفة ميزان جاز لان المانع انما هو الاحتمال الربوا وهو باحتمال
التفاضل وهو منتف فيما اذا وضع صبرة قصه في كفة ميزان ووضع مثالها في الكفة حتى وزنها فيجوز
والحديث الذي ذكره ذكره بمعناه وهو ما روى اصحاب الكتب الستة الا البخاري عنه عليه السلام انه قال الذهب بالذهب
والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد فاذا
اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد وان هذه الجملة غير مانعة من التسليم والتسلم
لتعجل التسليم على ما تقدم فلا تمنع فاسد به جهالة الثمن للبيع بعد رؤيته وشاهدته فانه لو اشترى من انسان
مالبيا وفي ماليه بدرهم والبائع كما يعلم قيمة ما باع لزم البيع قوله ويجوز بانا بعينه لا يعرف مقداره قد
فيد الانا بكونه مما لا يحتمل كالزنبيل والحوالق فلا يجوز وعلى هذا البيع على قربة بعينها او راوية من ابل
على قول ابي حنيفة انه لا يجوز لان المالس عنده لا يعرف قدر القربة لكن الطلق في المجرد جوازه وابدى اعتبار
القرب المتعارفة في البلد مع غالب السقايين فلو ملاه له بامعروفا لا قبل وكذا راوية منه توفية في متعارف
وعن ابي يوسف اذا ملاها ثم تراضيا جاز لتعين قدر البيع في الثاني وفي الخلاصة اشترى كذا كذا قربة
من ماء الفرات جاز استحسانا اذا كانت القربة معينة وعن ابي يوسف ايضا يجوز في الغرب مطلقا وفي المحيط
بيع الماء في الحياض والآبار لا يجوز الا اذا جعله في وعاء وجه في المبسوط مسلة الكتاب بان في المعين مجازفة
يجوز فيه كيل غير معروف اويا وفيه نظر فان في المجازفة الاشارة الى عين المبيع ثابتة تفيد الاحاطة بهذا
وهرمه وانظاره مثل هذا التعيين لا يحصل لها في كيل غير معلوم قبل ان يصب فالاولية منتفية بلا شك
والوجه يقتضي ان يثبت الخيار اذا كاله او وزن للمشتري كما في الشرا بوزن هذا الحجر ذهبا نقدا في جميع
الموازل على اسه الخيار اذا علم به ومعلوم ان ذلك بالوزن وفي التفاريق عن محمد رحمه الله جواز البيع
بوزن هذا الحجر وفيه اخبار وينبغي ان يكون هذا محل الرواية عن ابي حنيفة انه لا يجوز في السلم فتوله
لا يجوز اي لا يلزم قال المصنف والاول اصح من جهة الرواية والظهر اي من حيث الوجه المذكور في الكتاب وهما
ان الجهالة ولو كان تابعة لكنها تفضي الى المنازعة وذلك لانه يتعجل فينبغي ان لا يتعجل السلم لا يتعجل فقد يهلك ذلك الحجر فينتفي تسليم المسلم فيه والخفي ان هذا الوجه لا ينفي خيار
الثبوت وانقرب الى ما نحن فيه قول ابي حنيفة في المسئلة التي تلي هذه وهي ما اذا باع صبرة كل قفيز بدرهم
اذا كان في المجلس حتى عرف المقدار صح وثبت الخيار للمشتري كما اذا راه مع ان العرف انما يعرف

قبل الكيل وقفت الاشارة اليها لكن هذه الرؤية اتم وصار كما اذا رأى الدهن في قارورة زجاج فانه يثبت
الخيار بعد صبه هذا وقد روى عن ابي يوسف اشتراط كون ما يوزن بعد يحتمل النقصان حتى لا يجوز بوزن
هذه البطيخة ونحوه لانها تنقص بالجفاف وعول بعضهم على ذلك وليس بشئ فان البيع بوزن مجرد عينه
لا يبطله احتمال التسليم والجفاف يوجب نقصان في ذلك الزمان وما قد يعرض من تأخره يوما او يومين
ممنوع بل لا يجوز ذلك كما لا يجوز الاسلام في وزن ذلك الحجر لخشية الهلاك فيتعذر التسليم وتقع المنازعة المفضية
منه والغرض ان قلة مدة السلم ثلاثة ايام ولا شك ان تأخر التسليم فيه الى مجلس آخر يقتضي الى المنازعة ان هلاكم
ان تذر فلا اختلاف انه هو او غيره والتهمة فيه ليس ببادر وكل العبارات تفيد سقوط صحة البيع في ذلك بالتعجيل
كما في عبارة المبسوط حيث قال اشتريت هذا الاناء ايد ها لا بأس به ثم ان في العين البيع مجازفة بجوز فيكمال
غير معروف اولى وهذا لان التسليم عقيب البيع الى آخر ما ذكروا تقدم النظر في الاولويه هذا وأورد على التعليل
بان الجهالة لا تفضي الى المنازعة ما اذا باع عبدا من اربعة يأخذ المشتري ايهم شاء او باع باي عبد شاء فالبيع باطل
لانه يفضي الى المنازعة اجيب بان المبطل في المورد معنى آخر وهو عدم المبيع والثمن الجهالة وكان مقتضاه انه
لا يجوز في عبد من ثلاثة لكن جاز على خلاف القياس كما سيأتي ولا شك ان القياس ما عن ابي حنيفة في الغرفة مزماة النهر
فانه كبيع الطير قبل ان يصطاده كما لو باعه كرا من صبرة وليس في ملكه حنطة صرحوا بانه لا يجوز الا ان يكون
سلما واما الاستحسان الثابت بالتعامل فمقتضاه الجواز بعد ان يسمي نوع من يقربه في ديارنا عصر اذا لم يكن
معينة مثل قرية كذا فيه او سفاديه او رواسيه كبيرة ثم بعد ذلك الشاورت بسيرا هدر في الماء ونظير
ما نحن فيه اذا باع حنطة مجموعة في بيت او مطمورة في الارض والمشتري لا يعلم مبلغها وانتهى حد الكثرة
ان له الخيار اذا علم ان شاء اخذها بجميع الثمن وان شاء ترك وان كان يعلم منتهى المطمورة والبيت مبلغ الحنطة وجاز
ذلك خلافا له الا ان يظهر بهما كان اي صفة ونحوها كذا في فتاوى قاضي خان وعن ابي حفص باعه من هذه الحنطة قدر ما علا
هذا الفرش ولو باعه قدر ما علا هذا البيت لا يجوز وفي الفتاوى بعت ما لي في هذه الدار من الرقيق والدواب
والثياب والمشتري لا يعلم ما فيها مفسد لجهالة المبيع ولو قال بعت هذا البيت جاز وان لم يعلم به لان الجهالة
يسيرة واذا جاز في البيت جاز في الصندوق وفي الجوالق ولو قال بعت منك نصيبي من هذه الدار فشرط الجواز
علم المشتري بنصيبه دون علم البائع وتصديق البائع فيما يقول ولو اشتري موزونا بانا على ان يفرغه و
يزن الانا فيحط قدر وزنه من الثمن جاز وكما تمنع الجهالة السابقة كذلك تمنع اللاحقة قبل التسليم فكذا
اختلفوا فيما اذا باع الحمد الكائن في المجمدة قبل ان يحوز حتى يسلم او اشتراه بيع والاصح جوازه مطلقا وهو اختيار
الفقيه على حيث اذا سلم قبل الايام الثلاثة غير معتبر فكذا هذا وجاز وقيل انه يختلف باختلاف الصيف
والشتاء فلا تحمد ورخصه فينظر على ما بعده الناس كثيرا حسب الاوقات فيجوز اذا سلمه قبل وسيأتي
من هذا الباب شئ في خيار الرؤية ان شاء الله تعالى **قوله** ومن باع صبرة طعام على آخره كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز
واحد عندنا وضعفه رضي الله عنه يعني ان موجب هذا اللفظ والاشارة ايجاب في واحد عنده ويتوقف في الباقي على
تسمية الكل في المجلس او كيله فيه فيثبت حينئذ على وجه يكون الخيار للمشتري فان رضي حل يلزم البيع على البائع
وان لم يرض او يتوقف على قبوله اخبارا روى ابو يوسف عن ابي حنيفة انه لا يجوز الا بتراضيهما وروى محمد خلافه وقال
ابو يوسف ومحمد صح البيع في الكل وهو قول الائمة الثلاثة ثم اذا جاز في قفيز واحد للمشتري فيه الخيار لتفرق
الصفقة عليه دون البائع لان التفريق جاء من قبله بسبب عدم تسمية جملة القفزان له ان تعذر صرف البيع الى
الكل لجهالة المبيع والثمن واجمالها لهذا التفويض فلزم فيه واذا زالت بالتسمية او الكيل في المجلس بقي الخيار
كما اذا ارتفعت بعد العقد بالرؤية على خلاف ما اذا علم ذلك بعد المجلس لتقرر المفسد وما في المحيط عن
بعض المشايخ ان عنده يصح في الكل وان علم بعد المجلس بعيد لان ما في المجلس كالثابت في صلب العقد خلاف
ما بعده ولا يلزم اسقاط خيار الرؤية بالرضا بعد المجلس وكذا زوال المفسد بعد الاجل المجهول بعد حيث يجوز العقد
بزوال المفسد بعد المجلس لان فيها لم يتمكن في صلب العقد ولا ينعقد رفع المفسد بالمجلس وهذا لان اثر الفساد

فيها

فيها لا يظهر في الحال بل يظهر عند دخول اليوم الرابع وامتداده ما ورد في جهالة وان كانت تابعة لكنها لا تنفي
المفضية الى المنازعة لان جد العلم بان كل قفيز بدرهم لا يتفاوت الحال بين القفزان كثيرا او قليلا لجواب ان المعتبر
هنا جهالة الثمن كميته خاصة وقدر العدم الاشارة والا معرفة شرعا له غير ذلك واما الجواب بمنع كونها غير
مفضية الى المنازعة لان البائع قد يطالب المشتري بتسليمه الثمن وهو لا يتمكن على ذلك لعدم معرفة قدره فيثبتا وعان
فيها فاحش ظاهر لانه لا يتصور ان يطالبه الا بعد ان يكيله ليعرف القدر الذي يطالبه اذ لا يمكن ان يطالبه الا بكميته
خاصة شرعا وهي مضبوطة الوزن وحينئذ يعلم المشتري فيقدر على التسليم ولو امتنع بعد لعن اجبر على التقرير
كان مطلا المنازعة المفضية وفيها ان من جهالة بيدهما ازالتها بان يكيل في المجلس والجهالة التي هي كذلك لا
تفضي الى المنازعة كبيع عبد من عبدين او ثلثة على ان المشتري بالخيار يأخذ ايهما شاء وقد اورد عليه نقض اجمالا
لوضع ما ذكر من ان الجهالة التي بيدهما ازالتها غير مانعة على الصحة لزم صحة البيع بالرقم عندهما وان يجوز بيع
عبد من اربعة على ان المشتري مخير في تعيينه وان يجوز البيع باي ثمن شاء بالكل باطل اجيب بان البيع بالرقم ملتبس
بالجهالة بدئ في صلب العقد وهو جهالة الثمن بسبب الرقم وصار بمنزلة الرقم بالخط الذي فيه سيظهر كذا وكذا
درهما اذا علم المجلس بعقد الآخر هو الثاني كما قاله الحلواني بخلاف ما نحن فيه لانه لا يعلم بجهل المشتري ومثل
هذا القول بالبيع باي ثمن شاء ومثله في احد العقد الاربعة في جانب المبيع لا يتعقد في غير معين فكان بيعا لا مبيع
وكان مقتضى هذا ان لا يجوز في عبد من ثلاثة الا انه ثبت بدلالة النص شروط الخيار ثلثة ايام ولا يخفى ان كل اجوبة هذا النقوض
يصلح ادلة لابي حنيفة فانا نضمنت تسليم ان الجهالة وان كانت بيدهما ازالتها بعد كونها في صلب العقد وهي ان ثلثين والثمن
كالبيع بالرقم وباي في بعض شاء او في المبيع كبيع عبد من اربع يمنع جواز البيع وجهالة الثمن على وجه يسبب النزاع وعدم العلم
مع امكان ازالتها ثابت في محل النزاع اذ جاز ان لا يظهر كونه ما يتا وخمسين الا كيل احدهما وكون ذلك كيل كل منهما
وفي الرقم يظهر بالبائع فقط لا اثر له في دفع معنى الخطر والتمكن في صلب العقد وهو المفسد واذا فسد البيع
في عبد من اربعة مع الجهالة في مضبوطة بها فيما زاد على احتمالات اربعة بأبعدها فلان يفسد في صبرة لا تنفك
احتمالات في خصوص الثمن على قوله اربع اسلمانات او عشرة اولى بل ويسهل عليها بطلان قياسها بيع عبد
من عبدين اذا ظهر من الجواب انه معدول عن القياس ولذا امتنع في اربعة اعبد وحينئذ نرجح قول ابي حنيفة
وظهر ان كون العاقدين بيدهما ازالة جهالة في صلب العقد من الثمن والمبيع لا يوجب وصحة البيع قبل ازالة
جهالة الاجماع على عدم الصحة في الصورة المذكورة مع امكان ازالة العاقدين لها او ما خير صاحب الهداية
دليلها ظاهر في ترجيحه قوله وهو ممنوع واما ما يحمل قول ابي حنيفة عليه ما ذكر في المبسوط من ان
الاصل عنده انه متى اضيف كله كل الى ما لا يعلم نهايته فانما يتناول ادناه لصيانته عن الالغاء كما لو قال
بان عليه كل درهم انما يلزمه درهم واحد ولذا اجارة كل شهر بدرهم يلزم شهر واحد فلا حاجة له هنا لانه
لو منع صحة هذا الاصل كان اثباته تعيين ما ذكر في تعليل المسئلة من ثبوت الجهالة في المجموع والتنقيص في الواحد
فهو نفسه اصل هذا الاصل **فرع** اشترى طعاما بغير جنسه خارج المصر وشرط ان يوفيه في منزل من مصر
فالعقد فاسد لان المشتري يملكه بنفس العقد فاذا اشترط لنفسه منفعة احمل فسد ولو كان في المصر وشرط
ان يحمله الى منزله فهو فاسد ولو عين بقوله بشرط ان يوفيه في منزله ففي القياس واجب وهو قول محمد واستحسن
ابو حنيفة وابو يوسف جوزه بالعرف فان الانسان يشتري الحطب والتمر على الدابة في المصر ولا يكتري
احد يحمله على اهله بل البائع هو يحمله على اهله خارج المصر وبعض المشايخ لم يفرق وابى لفظ الحمل والايفاء في
الاستحسان لان المراد منها واحد واختار شمس الائمة الفرق وان الايفاء من مقتضيات العقد فشرطه ملائم
بخلاف الحمل **قوله** ومن باع قطيع غنم على آخره لما ذكر الصور السابقة في المجليات ذكر نظيرها في الفيميات
فاذا اضاف البيع على الوجه المذكور في الحيوانات بان قال بعتك هذا القطيع كل شاة بدرهم او هذا الثوب
كل ذراع بدرهم ولم يبين عدد الغنم والذرعان والاجل الثمن فسد في الكل عند ابي حنيفة اما اذا سمى احدها
فتصح بالاتفاق للعلم بتمام الثمن مطابقة او التزاما فيما اذا اقتصر على بيان عدد القطيع وعندهما يجوز في

الكل لما وكذا من اذا الجهالة بيدها ان النهاوند عنده تنصرف الى الواحد لما بينا من جهالة كل الشئ والفاكون ارتفاعها بيدها غير ان الاحاد هنا متفاوتة فلم يتيسر التسليم الا بالاجزاء فتقع المنازعة في تعيين ذلك الواحد ففسد في الكل وهذا لو باع شاة او عشرا من مائة شاة او بطيخة او عشرا من وقر بطيخ كان باطلا واما الجواز فيما اذا عزلها وذهب والبائع ساكت فبالمقاطي عليه ما قدمناه قال العتابي ان ذلك في ثوب يضر التبعيض اما في الكرباس ان يجوز عندنا في ذراع واحد كالطعام وعلى هذا الخلاف كل معدود ومتقارب كمحمل بطيخ كل بطيخة بالفلس والرمان والسوجل والخشب والاواني والرقيق والابل ولو باع نصيبه من هذا الطعام روى الحسن عن ابي حنيفة لا يجوز وان بينه بعد ذلك وكذا في الدار وهذا غير الايق باصله المذكور في الخلافيه وفي الخلاصة اشترى العنب كل وقر بكذا او الرمان عدد معروف ان كان العنب من جنس واحد يجب ان يجوز في وقر واحد عند ابي حنيفة كما في بيع الصبرة كل قفيز بدرهم وان كان العنب اجناسا لا يجوز البيع اصلا عند ابي حنيفة كقطيع الغنم وعندهما يجوز اذا كان واحدا لكل العنب كل وقر بكذا او الرمان كل وقر بكذا قال وكذا اذا كان الجنس مختلفا هكذا اورد الصدر الشهيد والفقيه ابو الليث حمل الجواب بالجواز فيما اذا كان العنب من جنس واحد متفاوتا عليه وان كان من اجناس مختلفة فيه ثم قال الفقيه والفتوى على قولهما بيسر للناس انتهى وتقدم السمداوجه **قوله** ومن باع صبرة طعام كل انها مائة قفيز مثلا مائة تعلق العقد في ذلك الكيل المسمى بعينه حتى لو وجدت ناقصة كان للمشتري الخيار وان شاء اخذ الموجود حصته من الثمن لان الثمن ينقسم بالاجزاء اجزاء المبيع المثلي مكيلا او موزونا وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة الواحدة وكذا الخلاف في كل مكيل وموزون وان وجدها زايدة فالزيادة للبائع لان البيع وقع على مقدار معين ليس له جهة الوصفية فما زاد عليه لم يدخل في العقد فيكون للبائع ولو كان المشتري ثوبا او رضا على انه عشرة اذرع بمائة ذراع بمائة فوجد المبيع اقل فان شاء اخذ الموجود بحصته من الثمن وان شاء ترك وان وجدها زايدة على العشرة او على المائة كان الكل للمشتري ولو كان قال على انها مائة ذراع بدرهم فوجدها اقل فللمشتري الخيار ان شاء اخذ الموجود كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه وان وجدها اكثر فله الخيار وان شاء اخذ الكل كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع واصل هذا ان الذرع في المذروعات وصف لانه عبارة عن طول فيه لكنه وصف يلزم زيادة اجزاء فان لم يورد بمقابلة شيء من الثمن كان تابعا محضا فلا يقابل بشيء من الثمن كاطراف الحيوان حتى ان من اشترى جارية فاعورت في يد البائع قبل التسليم لا ينفسخ شيء من الثمن او اعورت عند المشتري جاز له ان يرد عليه ثمنا بلا بيان فعليه تمام الثمن في صورة النقص انما يتخير لفوات الوصف المشروط المرغوب فيه كما اذا اشتراه انه كاتب فوجده لا يحسن الكتابة وله الزايد في صورة الزيادة كما اذا باعه على انه مصيب فوجد سليما هذا ان لم يفرد بالثمن فان افرده بالثمن وهو اذا قال على انها مائة بمائة كل ذراع صار اصلا وارتفع حكم التبعية فتنزل كل ذراع بمنزلة ثوب ولو باعه هذا الزرع من الثياب على انها مائة ثوب كل ثوب بدرهم فوجدها ناقصة يخير بين ان يأخذ الموجود بحصته من الثمن وبين ان يفسخ لتفرق فكذا اذا وجد الذرعان ناقصة في هذه الصورة وهذا لانه لو اخذها بكل الثمن لم يكن اخذ كل ذراع بدرهم ولو وجدها زايدة ولم تسلم له الزيادة بصير دونه اصلا فتبت له الخيار دفعا ان يأخذ الزايد بحصته وبين ان يفسخ لانه وان صح له ان يأخذ الزايد لكنه تضرر بجهته وهو زيادة الثمن ولم يكن يلزم هذه الزيادة لعقد البيع فكان له الخيار واذا ظهر دانهم اعتبروا الطول وصفا تارة واصلا اخرى ولم يعتبروا في المثليات الا اصلا واعلم ان الطول والعرض ايضا يرجع الى القدر ويمكن ان يجعل القدر وصفا احتيج الى الفرق فقيل المثل لا ينقص قيمته بنقصان القدر فان الصبرة الكاينة مائة قفيز لو صار قفيزين في الغلم لم تنقص قيمة القفيز بخلاف الثوب والارض لان الثوب الذي عامته عشرة وهو قدر ما ينفصل قبا او فرجه كان بمثل اذا قسم على اجزايه فيصيب كل ذراع منه مقدار ولو اورد الذراع وبيع بمفرده ولم يساو في الاسواق ذلك المقدار بل اقل منه تكبير وذلك لانه لا يفيد الغرض الذي يصنع بالثوب الكل فعلمنا ان كل جزء منه لم يعتبر كثوب كامل مفرد **قوله** ومن باع عشرة اذرع من مائة ذراع من دار او حمام فالبيع فاسد عند ابي حنيفة وقالا هو جايز

وبه قال الشافعي رحمه الله وان اشترى عشرة اسهم من مائة سهم من حمام جاز في قولهم جميعا ومبنى الخلاف على ان المودي من بيع عشرة من مائة ذراع معين او شايع فعندهما شايع كانه عشرة مايه وبيع الشايع جايز اتفاقا كما في بيع عشرة اسهم من مائة سهم وعندهما موداه قدر معين والجواب مختلف فيه الجودة فتقع المنازعة في تعيين مكان العشرة فيفسد البيع فلو اتفقوا على ان سودي عشرة اذرع من مائة من هذه الدار شايع لم يختلفوا ولو اتفقوا على انه معين لم يختلفوا ولو اتفقوا على انه متعين لم يختلفوا فهو نظير اختلافهم في نكاح الصابية حتى على انهم يعبدون الكواكب وهي كتاب لهم اولهم كتاب فلو اتفقوا على الثاني اتفقوا على جوان وعلى الاول اتفقوا على عدم الجواز فالثاني في ترجيح المبني فابو حنيفة يقول الذراع اسم لما يذرع به ومعلوم انه لم يرد به البيع عشرة من الحبات التي تذرع بها فكان مستعارا للمحل وما يحله معين فكان المبيع معينا مقدارا بعشرة اذرع بخلاف عشرة اسهم لان السهم اسم للجزء الشايع فكان المبيع عشرة اجزاء شايعة من مائة سهم وقد مثال ان تعيين جملة ذرعان الدار قريبة على انه انما اراد بيع الشايع لان بيد يسبه العشرة من الكل انها بالعشر والا فلا فايدة في تعيينه لان العشرة اذرع لا تتفاوت مقدارها بتعيين الكل وعدمه وقد يقال فايدته لا يتعين في ذلك لجواز ان يرفع به الفساد فان بيع عشرة اذراع من ثوب لا يجوز على قول ابي حنيفة وعلى قولهما على ما يخرج طايفة من المشايخ وعلى قول اخرين يجوز لانها جهالة بيدها ازالتها فيذرع الكل فيعرف نسبة العشرة وصح هذا بناء على ما تقدم لهما من بيع صبرة طعام كل انها مائة قفيز مثلا بانه تعلق العقد على ذلك الكيل المسمى بعينه حتى لو وجدت ناقصة كان للمشتري الخيار وان شاء اخذ الموجود حصته من الثمن لان الثمن ينقسم بالاجزاء اجزاء المبيع المثلي مكيلا او موزونا وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة الواحدة وكذا الخلاف في كل مكيل وموزون وان وجدها زايدة فالزيادة للبايع لان البيع وقع على مقدار معين ليس له جهة الوصفية فما زاد عليه لم يدخل في العقد فيكون للبايع ولو كان المشتري ثوبا او رضا على انه عشرة اذرع بمائة ذراع بمائة فوجد المبيع اقل فان شاء اخذ الموجود بحصته من الثمن وان شاء ترك وان وجدها زايدة على العشرة او على المائة كان الكل للمشتري ولو كان قال على انها مائة ذراع بدرهم فوجدها اقل فللمشتري الخيار ان شاء اخذ الموجود كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه وان وجدها اكثر فله الخيار وان شاء اخذ الكل كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع واصل هذا ان الذرع في المذروعات وصف لانه عبارة عن طول فيه لكنه وصف يلزم زيادة اجزاء فان لم يورد بمقابلة شيء من الثمن كان تابعا محضا فلا يقابل بشيء من الثمن كاطراف الحيوان حتى ان من اشترى جارية فاعورت في يد البائع قبل التسليم لا ينفسخ شيء من الثمن او اعورت عند المشتري جاز له ان يرد عليه ثمنا بلا بيان فعليه تمام الثمن في صورة النقص انما يتخير لفوات الوصف المشروط المرغوب فيه كما اذا اشتراه انه كاتب فوجده لا يحسن الكتابة وله الزايد في صورة الزيادة كما اذا باعه على انه مصيب فوجد سليما هذا ان لم يفرد بالثمن فان افرده بالثمن وهو اذا قال على انها مائة بمائة كل ذراع صار اصلا وارتفع حكم التبعية فتنزل كل ذراع بمنزلة ثوب ولو باعه هذا الزرع من الثياب على انها مائة ثوب كل ثوب بدرهم فوجدها ناقصة يخير بين ان يأخذ الموجود بحصته من الثمن وبين ان يفسخ لتفرق فكذا اذا وجد الذرعان ناقصة في هذه الصورة وهذا لانه لو اخذها بكل الثمن لم يكن اخذ كل ذراع بدرهم ولو وجدها زايدة ولم تسلم له الزيادة بصير دونه اصلا فتبت له الخيار دفعا ان يأخذ الزايد بحصته وبين ان يفسخ لانه وان صح له ان يأخذ الزايد لكنه تضرر بجهته وهو زيادة الثمن ولم يكن يلزم هذه الزيادة لعقد البيع فكان له الخيار واذا ظهر دانهم اعتبروا الطول وصفا تارة واصلا اخرى ولم يعتبروا في المثليات الا اصلا واعلم ان الطول والعرض ايضا يرجع الى القدر ويمكن ان يجعل القدر وصفا احتيج الى الفرق فقيل المثل لا ينقص قيمته بنقصان القدر فان الصبرة الكاينة مائة قفيز لو صار قفيزين في الغلم لم تنقص قيمة القفيز بخلاف الثوب والارض لان الثوب الذي عامته عشرة وهو قدر ما ينفصل قبا او فرجه كان بمثل اذا قسم على اجزايه فيصيب كل ذراع منه مقدار ولو اورد الذراع وبيع بمفرده ولم يساو في الاسواق ذلك المقدار بل اقل منه تكبير وذلك لانه لا يفيد الغرض الذي يصنع بالثوب الكل فعلمنا ان كل جزء منه لم يعتبر كثوب كامل مفرد **قوله** ومن باع عشرة اذرع من مائة ذراع من دار او حمام فالبيع فاسد عند ابي حنيفة وقالا هو جايز

ما شرط قبول العقد في المعدوم بل في الموجود مقطوعا فغلط في العدد بخلاف تلك المسئلة فانه جعل قبول العقد
في كل من النوبين شرطا للقبول له في الاخر وهو شرط فاسد واقول قوله ما شرط قبول العقل في المعدوم ان كان
مرادا ممنوع وكيف وان النوبين ايضا ما شرط قبوله في المروي صرحوا وانما المقصود انه اذا اضاف العقد الى
معقود معقودة كان قبول العقد في كل شوط قبوله في الاخر كالنوبين في العشرة ايضا لذلك فكان قبوله
في العاشر لقبوله فيما سواه والوجود للعاشر فكان قبوله في العدد وهو شرط الى اخره وحاصل قوله وما قصدوا
الى اخره ما اشار اليه المصنف وهو ان السببين الموجودين الموصوفين بوصف اذا دخلا في عقد واحد كان قبول
كل منهما بذلك الوصف شرطا للقبول في الاخر بذلك الوصف فاذا انعدم ذلك الوصف في احدهما كان ذلك شرطا
فاسدا في القبول في الاخر بخلاف ما اذا كان معدوما بذاته ووصفه فانه ليس حينئذ داخلا في العقد حتى يكون
قبوله شرطا لصحة العقد في الاخر لانه معدوم فتجعل ذلك غلطا فلم تجعل شرطا لم يفسد العقد في الاخر فتدبر اهـ
محل الفرق اعتبار الغلط وعدمه ولا شك ان اعتبار الغلط انما يتأتى من جهة البائع اي سمعنا انه انما اوجب الالف تسعة
ولكنه عبر عنها بعشرة غلطا فالمشتري لما قبل في عشرة ما كان غالطا فيما في الايجاب والقبول كما لو عزل عشرة ثوب
من عشرة وقال اعتك هذه التسعة فقالت قبلت في العشر فلا يتم العقد في التسعة والعشرة وان كان معنى غلطه انما قصد
الايجاب في عشرة وليس في الواقع الا تسعة لم يضر الصحة لان المعقود عليه معدوم وقد جعل قبول العقد فيه شرطا لقبوله
في التسعة وهذا لانه جاد في اعتقاده فيما لم يكن في ملكه خاطر ان يكون البيع باطلا كما ذكر انه لو باع
كرا من حنطة وليس في ملكه حنطة البيع باطل ولانه باع ما ليس عنده وفي المحيط روى خاص الحرمين ان العقد فاسد
في الفصل الاول وفيه البيعك هذه الحنطة اي انها اقل من كر فوجدها كذلك جاز الا في رواية عن ابي يوسف وان وجدها
كرا او اكثر بين جاز كيف ما كان عبرانه بخبر في الاقل كما قال اي انه كر وهي هذا اذا اشترى عينا في كر معين اي
انه كذا كذا منا وكذا في العدديات المتفاوتة انتهى ووجه الفساد في الاكثر انه لا يعلم قدر الزايد فانه ليس
للاقل من الكر والاكثر منه مقدار معين ليصير فيما لزايد عليه فيرد على البايع بخلاف ما اذا قال كرا او اكثر منه ووجه
الرواية عن ابي يوسف ان غاية ما في ذلك انه باع صبرة شرطه ان لا يبلغ المقدار الثلاثي والسالم **قوله** ولو استقرض
ثوبا واحدا يعني انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف قال ابو حنيفة رحمه الله في الوجه الاول
اخذه بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني اخذه بتسعة ان شاء وقال ابو يوسف رحمه الله في الوجه الاول يأخذ
باحد عشر ان شاء وفي الوجه الثاني يأخذه بعشرة ان شاء وقال محمد يأخذه بعشرة ونصف ان شاء يأخذه بعشرة
ونصف ان شاء وفي الثاني بتسعة ونصف وتحرير وجه قوله ان من صرح مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة
نصفه بنصفه فيجري عليه حكم المقابلة وحكمها ان يجب في مقابلة كل جزء اضافي من الذراع مثله من الدراهم فنصف
الذراع بنصف الدراهم وربعه بربعه وثمنه بثمنه وهكذا وفي بعض النسخ فيجب وعليه ان مقابل كل جزء منه
خاصة يجزء كذلك من الاجزاء وضمير يجزء يصح عوده الى كل من الذراع والدرهم الا ان الدرهم اقرب مذكورا انما
يخير في الزيادة لان سلامة النصف مقابلة ضرره فلا يلزمه الا بالتزامه وفي النقصان لفوات وصف
مرغوب فيه وهو وصف العشرة وعن ابي يوسف انه لما افرد كل ذراع منزله ثوب سوء بيع على انه
ذراع لما عرف ان افراده الذراع بالثمن يخرجه عن الوصفية الى الاصلية وقد انتقص عن الذراع فلا ينتقص
شيء من الثمن فانما ثبت الخيار له لما ذكرنا من ان في الزيادة نفعا يشوبه ضرر وفي النقصان فوات
الوصف المرغوب فيه والى حنيفة ان الذراع وصف في الاصل وانما اخذ حكم المقدار بالشرط وكان الاولى
ان يقول حكم الاصل او الثوب المتصل بالشرط كان المقدار ايضا وصف على ما تقدم وانما فعله حكم الاصل
مقيد بكونه ذراعا فاذا لم يوجد لم يوجد ما اخذ حكم الاصل فيسقط على الاصل من كونه وصفا لا بما يلزم من
الثمن وانما كان هكذا ملاءمة وجه لثبوت الخيار له في فصل الزيادة لانه لم يلحقه ضرر في مقابلة الزايد
بل نفع خالص كما لو اشتراه معيبا فوجد سليما وتخيير في النقصان لتفرق الصفقة ثم من اختار قول محمد وفي الذخيرة قول ابي حنيفة اصح وذكر حاصل الوجه المذكور له وفي قوله مقيد بكونه

ذراعا اشار في الجواب عن قول محمد انه يقتسم اجزاء الدراهم على اجزاء الذراع فقال هذا اذا كان تمام
الذراع موجودا والموجود هنا بعضه وبعضه ليس كله فكان للبعض منه حكم الوصف لا تمام المقابلة به اهـ

فصل لما ذكر ما ينعقد به البيع وما لا ينعقد ذكر ما يدخل في البيع بما لم يسم وما لم يدخل واستوفى ما يدخل
بالاستثناء وغيره ذلك **قوله** ومن باع دارا الى اخره في المحيط الاصل ان كل ما كان في الدار من البناء او متصلا
بالبناء تبع لها فتدخل في بيعها كالسلم المتصل والسرد والدرج المتصلة والحجر الاسفل من الرحى ويدخل الحجر الاعلى
عندنا استحسانا والمراد بحجر الرحى المبنية في الدار وهذا معروف في ديارهم اما في ديار مصر لا تدخل الرحى ولا
حجرها لانها تنقل وتحول والبناء المبني منها كالباب الموضوع لا يدخل بالاشتراط في بيع الدار نعم لو ادعاه
احدهما لنفسه بان قال هذا ملكي وضعته وان كانت الدار في يد البايع وادعاه المشتري لنفسه فالقول قول البايع
وان كانت في يد المشتري فالقول قول المشتري واستدل المصنف على دخول البناء بان اسم الدار يتناول العرصة
والبناء وبانه متصل بها اتصال قرار واستشكل الاول بسلة الخلف لا يدخل هن الدار وقد خلا بعد ما انهدم بناؤها
بحث فلو كان البناء مسمى لفظ الدار لم يحنث وهذا الوجه التعليل الاول لا يفيد المقصود من الحكم لثبوت العلة الاخرى
ثم اجيب بان البناء وصف فيها وهو لغو في اليمين فكانه حلف على نفي الدخول في هذا المكان وتحقيقه انه حلف لا يدخل
هن الدار التي لنسبي الا ان دارا فلا تتقيد الدخول المحلوف عليه بكونها دارا وقت الدخول وندخل البيعة الكائنة
في الدار وان كان عليها بكرة تدخل ولا يدخل الدرب وامل المعلقان على الا ان كان فلا بمراقبة ويدخل البيتان الذي
في الدار صغيرا كان او كبيرا وان كان خارج الدار لا يدخل وان كان له باب في الدار لا يدخل قال ابو سليمان وقال
الفقيه ابو جعفر ان كان اصغر من الدار ومنفعته فيها يدخل وان كان اكبرا ومثلا لا يدخل وقيل ان دخل صغيرا او لا دخل
الثمن وفي المنتقى اشترى بيتا يدخل ما تحته من الارض وكذا ذكر في النخعة من غير ذكر خلاف وفي المحيط جعل قول
محمد والحسن وقال ابو يوسف لا يدخل واما اساسه قبل الظاهر من مذهبه انه يدخل لانه جزء الحايط حقيقة ويدخل
في بيع الحمام القدور ودن قصاعه واما قدور القصارين والصباغين واحاجين الغسالين وخوابي الزياتين
وجبابهم ودنانهم وجذع القصار الذي يدق عليهم المثبت كل ذلك في الارض لا يدخل وان قال بحقوقها كذلك بخلاف
ان يدخل اذا قال بمرافقها واما الطريق وبحن نسيانا ان الدرج في باب الحقوق **فروع** باع وسادخل
العذار تحت البيع والزمام في بيع البعير ولم يذكر في شيء من الكتب ما اذا باع فرسا وعليه سرج قبل لا يدخل الا بالتنصيص
او بحكم الثمن ولو باع حمارا قال الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل لا يدخل الاكاف بلا شرط ولا يستحق على البايع
ولم يفصل بينما اذا كان موكفا او غير موكف في فتاوى قاضي خان وهو الظاهر فالاكاف فيه كالسرج في الفرس
وقال غيره يدخل الاكاف والبردعة تحت البيع وان كان غير موكف وقت البيع واذا دخل بلا ذكر كان الحكم
فيه ما قلنا في ثوب العبد والجارية ولا يدخل المعتود في بيع الحمار لانه يتقاعد دونه كذلا في الفرس والبعير
والمتأمل في هذا باع عبدا او جارية كان على البايع من الكسوة قدر ما يوارى عورته فان بيعت مثل المستحق
ذلك على البايع ولا يكون للثياب قسط من الثمن حتى لو استحق الثوب او وجد بالثوب عيبا لا يرجع على
البايع بشيء ولا يرد عليه الثوب ولو هلك الثياب عند المشتري او تعيبت ثم رد بالجارية بعيب رد بجميع
الثمن لانه لم يملك الثوب فلا يكون له قسط من الثمن وعلى هذا ما ذكر في الكافي في رجل له ارض وفي ارض لغيره
فيها غراس الارض بالذات لا غراس بالف وقيمة كل منها خمس مائة فالثمن بينهما نصفان لا ستوائهما فيه فلو هلك النخل
قبل القبض بافة سماوية خير المشتري بين الترك واخذ الارض بكل الثمن لان النخل داخل تبعا فلا يقابله شيء من
الثمن ثم الثمن كله لرب الارض لانتفاء البيع في النخل او الثمن كله مقابلة وهو الاصل دون التبع ولو باع انانا
له محش او بقرا لها عجول اختلف فيه قيل يدخلان وقيل لا يدخلان وقيل يدخل العجول دون المحش ولو باع عبدا
له مال ان لم يذكر المال في البيع فالمال للولاء ولذا لو سمى المال وهو دين على الناس او بعضه فسد البيع وان كان عينا
جاز البيع ان لم يكن من الاثمان فان كان منها وكان الثمن من جنسه بان كان دراهم والثمن كذلك فان كان الثمن اكثر
جاز وان كان مثله او اقل لا يجوز لانه بيع للعبد بلا ثمن وان كان منها ولم يكن من جنسه بان كان دراهم ومال

العبد دنانير او بالعكس جاز اذا افترقا قبضا في المجلس وكذا لو قبض مال العبد وقد رخصه فقط من الثمن وان افترقا قبل القبض بطل العقد في مال العبد استحسانا وفي الموجود في بعض جذوع عامة ان قال البايع هو لي كان له فيرد عليه لانها وصلت الى المشتري منه وان قال ليس لي كان كاللقطة ولو قال صاحب علو وسفل لا حق بعلوك منك على هذا فعمل جائز ويكون لسطح السفل لصاحب السفل وللستر حق يثبت القرار عليه **قوله** ومن باع ارضا دخل ما فيها من النخل والشجر وان لم يسمه لانه متصل بها اتصال قرار فاشبه البناء ولم يفصل محمد بين الثمرة المتمرة وغير المتمرة كالبيض الصغيرة والكبيرة لان الكوة حول النخل لا لما قال بعض المشايخ ان غير المتمرة لا يدخل الا بالذكر لانها لا تقرر بل للقطع اذ اكبر حتى اضرت بالزرع ولما قال بعضهم انها الصغيرة لا تدخل وفي فتاوى قاضي خان ولو باع ارضا فيها اشجار صغار وتحول في فصل الربيع ونبات ان كانت تقلع من اصلها تدخل في البيع وان كانت تقطع من وجه الارض فهي للبايع الا بشرط لثمرة اليابسة لا تدخل لانها على شرف القلع فهي كحطب موضوع فيها ولا يدخل الشرب والطريق في بيع الارض والدار الا بذكر الحقوق ولذا في الاقرار والصلح والوصية وغيرها ويدخلان في الاجارة والرهن والوقف والعتمة لانها تعقد للانتفاع والانتفاع بدونها بخلاف البيع فانه ينعقد لملك الرقبة فقد يراد به الانتفاع بالاجارة فيها ولا يدخل الزرع الذي على رؤس الاشجار الا بالشرط وما كان من الاول وارث العروق والنوى لانه بمنزلة الثمر ولو كان على الشجر ثمار فشرطه المشتري له فاكله البايع استطاب هنا من الثمن فتثبت الخيار للمشتري في الصحيح لتعذر الصفقة عليه عند ابي حنيفة بخلاف ما لو اشترى شاة بعشرة فولدت ولدا يساوي خمسة فاكله البايع قال ابو حنيفة يلزمه ان شاء خمسة ولا خيار له والفرق غير خاف ولا يدخل في البيع اشياء لا تسمية وهو ما يدخل بينا كذلك خرج منه اشياء بالتسمية كما اذا باع قرية يخرج منها الطريق والمساجد والعارفين وسور القرية لان السور تبع في اصل الاباحة عند العتمة فلا يدخل في البيع وفي الفصل الثالث فيما يجوز فيه وما لا يجوز في الخلاصة باع قرية وفيها مسجد واستثناه هل يشترط ذكر الحدود اختلف المشايخ واستثنا الحاوي في المجرد انه لا بد من ذكر الحدود والا ان يكون ربوة **قوله** ولا يدخل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل به للفصل الادنى اما لا لانتفاعه بها فانه يباع الشاع الذي فيه الذرة للبيع فاقتدر ما اورد عليه من بيع الجارية الحامل ونحو البقرة الحامل فانه يدخل حملها في البيع مع انه متصل للفصل بان ذلك فصل الله تعالى في هذا المعنى متبادر وقبول العقيد به وايضا الام وما في بطنها مجانسان متصل فيدخل بالجزئية بخلاف الزرع ليس مجانسا للارض ولا يمكن اعتبار الجزئية ليدخل بذكر الاصل فبعد ذلك ينظر ان كان اتصاله للفصل وفي ثاني الحال فيدخل بطريق التبعية لشدة الاتصال الا الحنطة والجرسنة للقرار كالزرع والشجر كان متصلا في الحال فان ينبغي ان يدخل لان الاتصال قايم في الحال والانفصام معدوم فيرجح الموجود على المعدوم الجواب بان المرجح للدخول انما تحول حقيقة المسمى في البيع له او تبعيته له والتبعية بان يكون مستقرا الاتصال به لا مجرد اتصاله الحال مع انه تعرضه الفصل والشق للجاذبة ظاهر فلا تحقق موجب الدخول والله تعالى اعلم **قوله** ومن باع نخلا او شجرا فيه ثمر فثمرته للبايع الا ان شرطه المبتاع لنفسه اي مستترا بالشجرة مع الثمرة التي فوقها لا فرق بين الموبر وغير الموبر في كونها للبايع الا بالشرط ويدخل في الشجرة الورد والياسمين والخلاف ونحوه من المشمومات مالك للبايع وعندهما في مالك واحمد يشترط في ثمر النخل التابير عادة لان لم تكن ابرت فهي للمشتري والتابير التلقيح وهو ان يشق غلاف قيد الكم ويذر فيها من طلع النخل فانه يصلح ثمر اناث النخل لما روى اصحاب الكتب الستة عن سالم بن عبد الله بن عمر عن ابيه عن النبي عليه السلام انه قال من باع عبدا وله مال فماله للبايع الا ان يشترط المبتاع ومن باع نخلا موبرا فالثمر للبايع الا ان يشترط المبتاع وفي لفظ للبخاري من ابتاع نخلا بعد ان يوبر فثمرتها للذي باعها الا ان يشترط المبتاع وحاصله استدلال بمفهوم الصفة فمن قال به يلزمه واهل المذهب يقولون بحجيته وقد روى محمد رحمه الله في سفقة الاصل عنه عليه السلام من اشترى ارضا فيها نخل فالثمر للبايع الا ان يشترط المبتاع من غير فصل بين الموبر وغير الموبر وهو الحديث الذي ذكره المصنف وما قيل ان في مرويهم تخصيص السنة بالذكر فلا يدل على نفي الحكم عما عداه انما يلزمهم اذا كان لغنا ليكون مفهوم لقب لكنه صفة وهو حجة عندهم كما ذكرنا وتوجيه حديث محمد رحمه الله فهم يحملون المطلق على المقيد وعلى اصول المذهب ايضا يجب لانه في حادثة

واحدة في حكم واحد والذي يلزمهم من الوجه القياس على الذرع وهو المذكور في الكتاب بقوله انه متصل للقطع لا للبقاء صار كالمزروع وهو قياس صحيح ومن يقدر ون القياس على المزروع اذا انفاروا حينئذ فيجب ان يحمل الاباء على الاثم والا نهم لا يجبرون عنه فكان الاباء علامة الاثم فعلق به الحكم بقوله فخلا مسرا اعني مثمرا وما نقل عن ابن ابي ليلى من ان الثمن مطلقا للمشتري بعيد اذ بخلاف الاحاديث المشهورة واذا كانت الثمرة للبايع ينال له اقطعا وسلم المبيع وكذا اذا كان فيها ذرع ينال له اقلعه وسلم المبيع لان ملك المشتري مشغول بملك البايع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان فيها متاع وقال ان فيه شركا حتى ينظر صلاح الثمرة وليستحصد الزرع وهو فوق ايام لك واحد وحد الله لان الواجب هو التسليم المعتاد ولهذا لا يجبر في الدار تسليمها في الحال اذا بيعت ليلا وكان له فيها متاع بل ينتظر طلوع النهار ووجود الحالين وفي العادة لا يقلع الا بعد ما قلنا وصار كما لو انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع فانه يترك حتى يستحصد رضي الموجر او لم يرض فاذا كان كذلك فلا يبالي تضرر المشتري بالانتفاع بملكه بلا عوض لانه حين اقدم على الشرا والعادة ما ذكرنا كان ملتزما للضرر المذكور وينال استحصد الزرع بكسر الصاد وفتح حصاده اجاب المصنف بان معنى ان اي في الاجارة ايضا يجب التسليم ولذا يجب الاجرة في التبقية لان تسليم العوض واجب في تمامه من تسليم ان المعنا في الاجارة التبقية بالاجرة وعدم تسليم عين الارض في الحال والاول يوجب الموجر بالتبقية واخذ الاجرة كان له ان يقلعه في الحال وليس له ذلك فظهر ان التسليم المعتاد يجب اعتباره ثم يقول هو في البيع يتركه ليلا ما ذكرنا مجانا وفي الاجارة يتركه باجرة والمخلص من هذا الا ان يمنع انه معتاد في البيع كذلك والا فا فرق بين البيع والاجارة بان اقدام البايع على البيع مع علمه بان المشتري يطالبه بتفريغ ملكه وتسليمه فارغا دائما لان الارض ينقطعه فلم تجب رعاية جانبه بتبقيته الارض والشجر على حكم ملكه بخلاف المستاجر فانه لم يوجد منه عند انقضاء مدة الاجارة فعل يدل على الرضي بقطع ثمره وذرعه فوجب رعاية جانبه بتبقيته على حكم ملكه بالاجرة اتجه ان يقال انما يكون اقدامه على البيع رضى بالقطع في الحال لو لم يكن الناخير لحاجة الصلاح معتادا اما اذا كان غير معتاد فلا وقد منع العادة المستمرة بذلك بل هي مشتركة فقد يتركون وقد يبيعون بشرط القطع واعلم ان متى هل يتدخل ارض الشجر في البيع بيقين ان اشتراها للقطع لا تدخل بالاجماع وان اشتراها بيعا مطلقا لا تدخل عند ابي حنيفة وابي يوسف كان الارض الاصل بيعا والشجر تبع لها وعند محمد وهو رواية عن ابي حنيفة وقول الثاني تدخل ما تحتها بعد غلظ ساقها وفي جمع النوازل والفتاوى الصغرى هو المختار لانه اشترى الشجر وهو اسم للمستتر على الارض والا فهو جذع وحطب فيدخل من الارض ما يتم به حقيقة اسم المعهود خول بالصرورة فيتقدر بقدرها وقيل قدر ساقها وقيل يقدر ظلها عند الزوال وقيل يقدر عروقها العظام ولو شرط قدر ما فعلى شرطه وقوله ولا فرق بين ان يكون له قيمة او لا في الصحيح احتراز عن قول البعض ان لم يكن له قيمة تدخل والصحيح لا يدخل في الحالين ان كان له قيمة اولم يكن وعلله بان بيعه يصح في اصح الروايتين مع كونه ليس للقرار ومبايع بيعه وليس للقرار لا يدخل في البيع تبعا لغيره بخلاف البناء فانه يجوز بيعه منفردا ولكنه موضوع للقرار **قوله** واما اذا بيعت الارض وقد بذر فيها صاحبها ولم تنبت لم يدخل لانه مودع فيها كالمتاع هذا الملفق المصنف وكذا الطلقه غير واحد وقيده في الذخيرة بما اذا لم يعلن ايا اذا علن فهو للمشتري لان العلن لا يجوز بيعه على الانفراد فصار كجزء من اجزاء الارض فيدخل في بيع الارض واخذ الفقيه ابو الليث لا يدخل بكل حال كما هو الملاق المصنف وفي فتاوى الفضل كالذخيرة قال ولو علن البذر في الارض فهو للمشتري والا فهو للبايع ولو سقاه المشتري حتى نبت ولم يكن علن وقت البيع فهو للبايع والمشتري متطوع ولو باعها بعد ما نبت ولم يقصره فقد قيل لا يدخل فيكون للبايع وقيل يدخل ولم يرجح المصنف منها شيا ورجح في التجنيس قال فيه قال الفقيه لا يدخل والصواب انه يدخل نص عليه القدوري في شرحه وفي شرح الاسبيجابي انه نص قول الفقيه ابو الليث هو قول ابي القاسم وفي فتاوى قاضي خان قال الشيخ الامام ابو بكر محمد ابن الفضل هذا اذا صار الزرع منتفعا به اما لا يدخل فان لم يكن منتفعا به يدخل الزرع

من غير ذكر مال وانما تعرف قيمته بان ينمو الارض مبذورة اكثر من قيمتها غير مبذورة علم انه صار متقوما انتهى
وبهذا ظهر ان عبارة الملتقى على عدم الدخول مطلقا وعلى عدم الدخول مطلقا ليست واقعة بل قوله وكان عدم
الدخول مطلقا التفصيل بين ان يعقن فيدخل او لا فلا وكان المناسب ان يقول الا ان ذلك الزرع وبه فان نمى
زاد فالزايد قيمته فانما تنمو مبذورة وغير مبذورة فانما يناسب من ينمو مراعا ذا عقن البذر يدخل ويكون
للمشترى وتعلله بانه لا يجوز بيعه وحده لانه حينئذ ليس له قيمة قال المصنف وكان هذا اجتهاد بالنسبة
يعني الاختلاف في دخول الزرع الذي ليست له قيمة وعدمه بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل ان تناله
المسافر والمتاجل من قال لا يجوز بيعه قال يدخل ومن قال يجوز قال لا يدخل ولا يخفى ان كلا من الاختلافين
مبني على سقوط تقومه والقول بجواز بيعه وتقدم دخوله في البيع خلافا مبني على عدم سقوط تقومه والاوجه
جواز بيعه على جواز تركه كما يجوز بيع الحشيش كما ولد على رجاء حياته فينتفع به في ثاني الحال **قوله** ولا يدخل الزرع
والثمر بذكر الحقوق والمرافق الى آخره يعني اذا باع ارضا فيها زرع وشجر وعليه ثمر وقال بعتها واشتريتها بجميع حقوقها
ومرافقها لا يدخل الزرع والثمر بذلك لانها ليسا من الحقوق والمرافق ولذا لو قال بكل قليل وكثير هو وهذا او
منها من حقوقها او من مرافقها لم يدخل ايضا لما ذكرنا بعينه ولو كان اقتصر على قوله بكل قليل وكثير فيها او منها
دخلا هذا في المتصل في الارض وشجرا ما المحذوذ والزرع المحصود فيها فلا يدخل ولو قال بكل قليل او كثير هو
فيها مالم ينص عليه والمحدود بين مهلتين ومجتمعتين يعني في المقطوع غير ان المهملتين او المناسب
المحمول **قوله** ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها الخلاف في جواز بيع الثمار قبل ان تظهر وفي عدم جوازه
قبل بدو الصلاح لشرط الترك وكذا في جوازه قبل بدو الصلاح بشرط القطع فيما ينتفع به وكان في الجواز بعد بدو
الصلاح لكن بدو الصلاح عندنا ان يتناهى العاهة والفساد وعندهما في بعض ظهور النضج وبدو الحلاوة
والطلاوة انما هو في بيع قبل بدو الصلاح على الخلاف في معناه لا بشرط القطع فعندهما في وعند مالك واحمد
لا يجوز وعندنا ان كان لا ينتفع به في الحال كما على الدواب خلافا لمن المشايخ قبل لا يجوز وليس قاضي
خان كعادته مشائخنا والصحيح انه لا يجوز لانه مال منتفع به في ثاني الحال ان لم يكن منتفعا به في الحال
وقد اختار محمد رحمه الله في كتاب الزكاة الجواز فانه قال لو باع الثمار في اول ما تطلع وتركها باذن
البايع حتى ادرك فالعشر على المشتري فلو لم يكن جايزا لم يجب فيه العشر على المشتري وصحته البيع على
هذا التقرير بناء على التعويل على اذن البايع على ما ذكرنا من قريب والا فلا انتفاع به مطلقا فلا يجوز
بيعه **الحيلة** في جوازه بانفاق المشايخ ان يبيع المشتري ما يخرج من اوراق الشجر فيجوز تبعا للاوراق
كما مر ورق كله وان كان بحيث ينتفع به ولو علفا للدواب فالبيع جايز فيه بانفاق اهل المذهب افاده
بشرط القطع او مطلقا ويجب قطعه على المشتري في الحال فان باعه بشرط الترك فان لم يكن تناهى عظمه
فالبيع فاسد عند ابي حنيفة وابي يوسف وهو القياس ويجوز عند محمد استحسانا وهو قول الائمة الثلاثة
واختاره الطحاوي لعموم البلوى وفي المنتقى ذكر ابو يوسف مع محمد وجه قولهما في الصورتين انه شرط لا يقتضيه
العقد وهو شغل ملك الغير وهو صفقة في صفقة لانه ان شرط بلا اجره فشرط اعارة في البيع
او باجرة فشرط اجارة فيه وفي مثل هذا شرط بيع الزرع شرط الترك وجه قول محمد في المشايخ
الاستحسان بالتعامل لانهم تعاملوا ذلك فيما تناهى العظم فصار شرطا يقتضيه العقد
وهذا دعوى ان في ما تناهى عظمه وما لا يتناهى انه يجوز كان العادة تركهم اياه الى الجذاذ
ومحمد يقول ينتفع فيه لما فيه من اشتراط الجزء المعدوم وهو الاجزاء التي سرت مع الارض والشجر
الا ان يتناهى العظم ولا يخفى ان الوجه لا يتم في الفرق لمحمد الا بادعاء عدم العرف فيما لم يتناهى عظمه
اذ القياس عدم الصحة للشرط الذي لا يقتضيه العقد في المتناهي وغيره خرج منه المتناهي للتعامل
فيكون ما لم يتناهى على اصل القياس اما يكون لعدم التعامل فيه او الجزء المعدوم طرد ولو باع ما لم يتناهى
عظمه مطلقا عن الشرط ثم تركه فاما باذن البايع اذنا مجردا او باذن في ضمن الاجارة بان استاجر

الاستجار

الاستجار الى وقت الادراك او بلا اذن ففي الصورتين الاوليين يطيب له الفضل والاكل اما في الاذن للتجرد فظاهر
واما في الاجارة فلانها اجارة باطلة لعدم المتعارف في اجارة الاشجار والحاجة فان الحاجة تتعينه في ذلك انما
تتعين لو لم يكن مخلص الا بالاستيجار وهنا يمكن ان يشتري الاثمار مع اصولها فيتركها عليها ولا يخفى ما في هذا من العسر
فانه يبتدع على البشر اما لا حاجة له اليه واما لا يقدر على ثمنه وقد لا يوافق البايع على بيع الاشجار والاول
اولى واصل الاجارة مقتضى القياس فيها البطلان الا ان الشرع اجازها لحاجة الناس فيما فيه تعامل وما انتفى التعامل في اجار
الاشجار المجردة فلا يجوز وكذا لو استاجر اشجارا يتحقق عليها ثيابه فلا يجوز ذكره الكرخي واذا بطلت في الاذن
معتبرا فيطيب بخلاف ما اذا استاجر الزرع واستاجر الارض الا ان يدرك حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة
هنا فاسدة لان الارض تخرج اجارتها وانما فسدت لجهالة الاجل فاورث حلا اما هناك الاجارة باطلة والباطل
لا وجود له فلم يوجد الا الاذن فطاب اما الفاسد فله وجود فكان الاذن ثابتا في ضمنه باعتباره لم ينع
وهناك حاز ان كان جاهلا بطلان الاجارة وفي الثالثة يطيب له ويتصدق بما زاد لانه حصل بجهة محظورة
اما اذا باع ما تناهى عظمه فتركه المشتري فغير اذن البايع فانه لا يتصدق بشيء لانه لم يرد في نفسه ذاتها وهذا
قول المصنف لان هذا تغير حالة لا تحقق زيادة اي تغير من وصف الى آخره بواسطة ايفاء المشتري عليه نعم
عليه اثم غصب المنفعة متعلق به لا بالعين المبيعة باثبات حق فيها وجه قول الشافعي وبابي الايمة في الحلاوة
ما في الصحيحين عن انس ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها وعن بيع النخل حتى تزهو قال
تحمار او تصفار اخرج البخاري في الزكاة عن ابن عمر نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها
وكان اذا سيل عن صلاحها قال تذهب عاهتها واخرج ابو داود والترمذي وابن ماجة عن انس ان النبي صلى الله عليه وسلم
نهى عن بيع العنب حتى يسود وعن بيع الحب حتى يشتد قال الترمذي حديث حسن عن يبيت لا نعرفه مرفوعا الا من حديث
جابر بن سلمة ورواه الحاكم وقال صحيح على شرط مسلم ولنا ما تقدم من قوله صلى الله عليه وسلم من اشترى نخلا قد ابرت
فثمرته للبايع الا ان يشترط المبتاع فجعله للمشتري بالشرط فدل على جواز بيعه مطلقا لانه لم يفد دخوله
في البيع عند اشتراط المبتاع بكونه بدا صلاحه وهو موطا مالك عن عمرة بنت عبد الرحمن قالت ابتاع رجل ثمرة
حايط في زمن النبي صلى الله عليه وسلم فعالجه وقام حتى تبين التقصان فسال رب الحايط ان يضع له او تنيسه لا يفعل
فذهبت ام المشتري الى النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له ذلك فقال يا بلى ان لا يفعل خيرا فسمع بذلك رب الحايط
فاتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال هو له ولان صحة البيع لم تثبت الا قالة عليه واما النهي المذكور فهم قد تركوا العاهة
فانهم اجازوا البيع قبل ان يبدو صلاحها بشرط القطع وهذه معارضة صريحة لمنطوقه فعلاها انتفا
على انه منزول الظاهر وهو ان لم يكن لموجب وهو عدم تعليله صلى الله عليه وسلم ارايت ان منع الله الثمرة ثم
يستحل احدكم مال اخيه ليستلزم ان معناه انه نهى عن بيع لم تدرك قبل الادراك ومذهبه قبل الزهو وقد مر انس
رضي الله عنه زهوها باب الخراج وتفسيرها بن عمر بان تامن العاهة فكان النهي عن بيع لم تدرك قبل الاحمرار
او مصوغة قبل الاصفرار دامنه من العاهة قبل ان يومن عليها وذلك كان العادة ان الناس يبيعون الثمرة قبل ان
تقطع فنهى عن هذا البيع قبل ان توجد الصفة المذكورة وما ذكرنا من نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع العنب حتى
يسود وهو لا يكون عنبا قبل السواد بيده فانه قبله حصرم فكان معناه على القطع انتهى عن بيع العنب عنبا
قبل ان يصير عنبا وذلك لا يكون الا بشرط الترك الا ان تصير عنبا فصار محل النهي بيع الثمرة قبل بدو الصلاح
بشرط الترك الا ان يبدو الصلاح ودليل عليه تعليل النبي صلى الله عليه وسلم بقوله ارايت لو منع الله الثمرة ثم
بما هذا احدكم مال اخيه والمعنى اذا بعتموه عنبا قبل ان يصير عنبا بشرط الترك الا ان يصير عنبا فمنع الله الثمرة
فلم تصر عنبا ثم يستحل احدكم يعني البايع مال اخيه المشتري صار محل النهي بيعا بشرطه تركها الا ان يصل فعقد
فضيا عهده هذا النهي فافسدنا هذا البيع وبقي بيعا مطلقا غير مقارن للنهي بوجه من الوجوه فلهذا
ترك المصنف الاستدلال به في هذا الخلاف بالحديث وحينئذ فالحديث المذكور لنا فيما اعني حديث الباب
سالم عن المعارض وكذلك المعنى وهو انه مبيع منتفع به في الحال او في ثاني الحال الى آخره وبهذا التقرير

ظهر انه ليس مرويا الظاهر اما على ضده الخاص وهو حديث بدو الصلاح وان الترجيح هنا ينبغي ان يكون للخاص
لانه مانع ومرجحنا مبيح والمانع يتناول احد هما ما يتناول الاخر فالحاصل ان بيع ما لم يبد واصلاحه اما بشرط القطع
وهو جايز اتفاقا لانه غير متناول للنهي لما ذكرناه واما مطلقا فاذا كان حكمه لزوم القطع كان مثله بشرط القطع فلم
يبق محل النهي الا بيعا بشرط الترك وهو فاسد بالاتفاق فان تركه فايلون بانه فاسد ولو اشتراها مطلقا فان تمرت قبل القبض
فسد البيع لانه لا يمكنه تسلم المبيع للتعذر والتمييز فاشبه هلاكه قبل التسليم ولو تمر بعد القبض للمشتري كان فيه للاخلاط
والقول قول المشتري في مقداره مع يمينه لانه في يده وكذا في بيع الباذنجان والبطيخ اذا ادرك بعد القبض خروج
بعض المشتري كما ذكرناه وكان الحلواني ينبغي جوازه في الكل وزعم انه مروي عن اصحابنا وكذا حكي عن الامام الفضلي
وكان يقول وقت العقد اصل وما حدث بعده تبعا وقال استحسن فيه لتعامل الناس فانهم تعاملوا بيع
ثمار الكرم بهذه الصفة ولم في ذلك قوله ظاهر وفي نزع الناس عنه ادا نهم حرج وقد رايت رواية في نحو هذا
عن محمد رحمه الله وفي بيع الورد في الاشجار وان الورد ملاقح ثم جوز البيع في الكل بهذا الطريق وهو قول مالك
رحمه الله والمخلص من هذه اللوازم الصعبة ان مشتري اصول الباذنجان والبطيخ والرطبة ليكون ما حدث على ملكه
وفي الزرع الحشيش الموجود بعض الثمن وليستاجر الارض مدة معلومة لتقع غاية الادراك انقضاء الغرض وما بقي
الثمن وفي ثمار الاشجار مشتري الموجود ويحل له البايع ما يوجد وان خاف ان يرجع بفعل كما قال الفقيه ابو الليث
في الاذن في بيع الثمن على النجر وهو ان ياذن المشتري على انه متى رجع عن الاذن كان ماذونا في الترك باذن جديد
فيجعله على مثل هذا الشرط قوله ويجوز ان يبيع ثمرة ويستثني منها ارطالا معلومة خلافا لمالك اجازه قياسا
على استيناف شجرة معينة فلنا قياس مع الفارق لان الباقي بعد اخراج المستثنى غير مشار اليه والمعلوم
الكيل المخصوص فان جمهورا لخلاف لم يقع بعد اخراج السمر فانه معلوم معتبر بالاشارة قالوا هذا في رواية
الحسن عن ابي حنيفة وهو قول الطحاوي والشافعي احد رحمهم الله تعالى وعلى ما يكون من التعليل لا يرد ما قيل
ينبغي ان يجوز البيع على كل حال الا ان يبقى بعد اخراج المستثنى قطعا وان لم يبق شيء فيكون الاستثنا
باطلا لانه مستغرق فيبقى الكيل مبيعا كان وروده هذا التعليل لجواز ان لا يبقى بعد الاستثناء شيء وتعليل المصنف
بجهالة المبيع وهو موجب الفساد وان ظهر ارتفاعها بالاجرة والتحقيق ان بقي مقدر معين لا ان الجهالة القائمة
قبل ذلك في الحال هي المفسدة قال المصنف رحمه الله فاما على ظاهر الرواية ينبغي ان يجوز لان الاصل انما يجوز ايراد العقد
عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد وبيع قفيز من صبرة جايز فكذا الاستثناء ومن العقد وبيع قفيز
من صبرة جايز فكذا استثناؤه بخلاف استثنا الحمل من الجارية الحامل او الشاة واطراف الحيوان لا يجوز لكنا اذا
باع من الشاة الا البيتها او هذا العبد الا يده فيصير مشتركا وهو خلاف ما لو كان مشتركا على السبع فانه
جايز وانما قال ينبغي لان جواب هذه المسئلة ليس مصرحا به في ظاهر الرواية وهو انما قال جاز افراده
بايراد العقد عليه جاز استثناؤه وعلى قول البعض ينبغي ان لا يجوز عند ابي حنيفة في مسئلة
بيع صبرة طعام كل قفيز بدرهم فانه افسد البيع لجهالة قدر المبيع وقت العقد وهو لازم في استثنا ارطال
معلومة مما في الاشجار وان لم ينفسخ لارتفاع المنازعة فالحاصل ان كل جهالة مفضية الى المنازعة مبطلة فليس
يلزم ان ما لم ينفسخ البيع به لا يدع عدم المفضية الى المنازعة في الصحة من كون الملح على حدود الشجر
الا ترى ان المشتمين قد يترضيان على شرط لا يقتضيه العقد وعلى البيع باجل مجهول كقدوم الحاج ونحوه
ولا يعتبر ذلك مفسدا واما ما قيل في توجيه المنع لعل المبيع لا يبلغ الا ملك الارطال تستغرق الكل او
فلا يرضى المشتري حينئذ بذلك الاستثنا وبجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقلا في قشرها
وكذا الارز والسمسم وقال ان مني لا يجوز بيع الباقلا الاخضر وكذا الجوز واللوز والفستق في قشرها عند
ولنا في بيع الحنطة في سنبلها قولان واجاز بيع الشعير والذرة في سنبلها وعندنا يجوز ذلك كله لانه ان المقصود
وهو المبيع مستور بما لا منفعة فيه فلا يجوز بيعه كمزاب اذا بيع بحنطه بجامع الاستثناء بالا منفعة فيه بينه
والمعول في الاستدلال له نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر وفي هذا غرر فانه لا يدري قدر الحنطة الكائنة

في السنابل والبيع ما اوجد به الا الحب لا السنابل فيرجع الى جهالة قدر المبيع والتحقيق هذا ان لا يجوز بيع الكوز
ونحوه في قشره الثاني لكنه تركه للتعامل المتوارث ولنا ما روي انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى تزهو
وعن بيع السنبل حتى يبيض رواه مسلم واصحاب السنن الاربعة وقال زهو الثمار والتمر يزهو اذا رهي لغة يزهو
في الاستغناء من الزعفران وانكر الاصمعي الرباعية يزهي كما نقل الزمخشري عن العين انكار يزهو الثلاثية
وقالوا انكم لم تعلموا بصدر الحديث لانه تمر فقد بيفا انا شاملون وان الاتفاق على انحطاط النهي عن بيعها
لتمر لا الزهو وقد منعناه وانه مال منقوم معلوم فيجوز تبعه كالشعير في سنبله بخلاف بيعه منفردا من
سنبله الحنطة احتمال الربوا اما انه مال منقوم فظاهر واما انه معلوم فمشار اليه وفي الاشارة كفاية في
التعريف اذ المانع مبني رواية عينه لاحتمال بتركه قدره في الجملة وليس معرفته التحرير شرطا والامتناع بيع
الصبرة المشاهدة وارد المطالبة بالفرق بين ما اذا باع حب قطن او ما في هذا المشمش من النوى وانه
يجوز بيع اي ناع انه ايضا في علافه اشار ابو يوسف الى الفرق بان النوى هنا ان لم تعتبر عدما فهي تابعة في
العرف فانه يقال هذا مشمش قطن ولا يقال هذا نوى في ثمره وحب في قطنه ويقال هذه حنطة في سنبلها وهذا
لوز وفستق ولا يقال هذا قشور فالوز والفستق لا يذهب اليه وهم بخلاف تراب الصاغة وانه انما لا يجوز بيعه
بجنسه لاحتمال الربوا حتى لو باع بخلاف جنسه جاز ومالوه لكونا يخرج الجواب عن امتناع بيع اللبن في الضرع والحمل
والشعير في الشاة ذال اليه والاكارع والجلد فيها والدقيق في الحنطة والزيت في الزيتون والعصير في العنب
ونحو ذلك حيث لا يجوز لان كل ذلك معدوم في العرف كما يقال هذا عصير وزيت في محله وكذا الباقلا واعلم
ان الوجه يقتضي ثبوت الخيار للمشتري بعد الاستخراج في ذلك كله لانه لم ير قوله ومن باع داره دخل
في البيع مفاتيح اغلاقه المراد بالغلق ما نسميه وهذا اذا كانت مركبة لانها تركيب للبقاء الا اذا كانت موضوعة
في الدار ولهذا لا تدخل الاقفال في بيع الحوانيت لانها لا تركب وانما تدخل الالواح وان كانت منفصلة
لانها في العرف كالابواب المركبة والمعول عليه وقوله لانه لا ينتفع به الا به يعني ان تدخل تبعا الغلق لا ينتفع
بالغلق الا بالمفتاح فاذا دخل الغلق دخل المفتاح كما لو اشترى غلقا فانه يدخل مفتاحه واورد عليه ان يلزم
ان يدخل الطريق في بيع الدار ولا يدخل في بيع الدار انه لا ينتفع به الا به اجيب بمنع ان شرا الدار منصوص على الانتفاع
بذاتها بل قد يكون لغرض مجرد الملك ليأخذ بالشفعة بواسطة او تحرزا ولذا لما كان العقد عليها مقصودا
على ذلك كان في الاجارة اذا دخلت الطريق قوله ينبغي ان يتاول له البيع بلا تنصيص
من المالك عليه وان كان في معنى اجر اشترى ما يتسارع اليه الفساد ولم يقبضه المشتري ولم ينقد الثمن
حتى غاب كان للبايع ان يبيعه من آخر ويحل للمشتري الثاني ان يشتريه وان كان يعلم بالحال لان المشتري الاول
رضي بهذا فسخ للاله فيحل للبايع بيعه ويحل للمشتري ان يشتريه وانما قيدنا بالغيبة لانها كثيرا ما تقع في الامراق
واجرة الكيال ووزان المبيع وذراعه وعداله كان المبيع بشرط او الوزان او الذرع او العدد على البايع
كان عليه ايفاء المبيع والتحقيق ذلك لان الحامل ووزنه ونحوه كان على كل من ذلك بحسب ملكه عن ملك غيره ومعلوم ان
الحاجة اليها هذا اذا باع مكايلة او موازنة ونحوه اذا لا يحتاج الى ذلك في الجازفة واجرة وزان الثمن على المشتري
باتفاق الائمة الاربعة لانه يحتاج الى تسليم الثمن وتمييزه عنه فكانت مؤنته عليه واما اجرة باذن الثمن
فاختلفت الرواية والمشايخ فروى ابن رستم عن محمد انه على البايع وهو المذكور في المختصر ووجهه ان العقد
يحتاج اليه بعد التسليم وحينئذ يكون في يد البايع وهو المحتاج اليه لاحتياجه الى تمييز حقه وهو اجاد من
غيره وروى ابن سماعة عنه انه على المشتري وبه كان يفتي الصدر الشهيد لانه يحتاج الى تسليم الجيد ويعرفه
بالنقد فكانت المؤنة عليه ويأتي الوزان فكان هو المحتاج اليه ومن مهما اجرة العقد على من عليه الدين كاجرة الثمن انه على
المشتري الا اذا قبض الدين ثم ادعى عدم النقد فالاجرة على رب الدين وفي الخلاصة الصحيح انه على المشتري فكذا
قال العتابي ان على المشتري الا اذا قبض البايع الثمن ثم جاء رد بعيب الزيافة قال واختاره في الواقعات
انه على المشتري وفي باب العين لو اشترى حنطة مكايلة فالكيل على البايع وصاع في وعلى المشتري ايضا هو المختار

في

وفي المنتقى اخراج الطعام من السفن على المشتري ولو اشترى حنطة في سنبلها فعلى البايع تحصيلا بالدرس والتذرية
وفي الجلاب المشتري وهو المختار وقطع العنب المشتري جزافا على المشتري وكذا كل شئ بابة جزافا كالثوم
والبصل والجزر اذا خلى بينها وبين المشتري وكذا قطع التمر يعني اذا خلى البايع بينها وبين المشتري الكل من الحلاصة
ومن باع سلعة ثمن قبل للمشتري دفع الثمن اولا الا ان حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن يعني حق البايع
بالقبض لا يفصل القبض لتعين ولو عين دراهم اشترى بها لما عرف انها لا تعين بالتعين في البيع فلا بد من تقدم قبضها
لبيا ديا ولو كان المبيع عاريا لا يلزم المشتري دفع الثمن وللبايع حبس جميع المبيع ولو بقي من ثمنه درهم واحد ولا
يسقط حق حبس البايع للبيع ولو احد بالثمن كفيلا او رهن المشتري به رهنا اما لو احال البايع به عليه وقبل سقط
حق الحبس وكذا اذا احال المشتري البايع به عند ابي يوسف وعن محمد فيه روايتان في رواية كقول ابي يوسف وفي رواية
اذا قال البايع رضيت بالحوالة سقط واذا احال المشتري البايع به لا يسقط ومالم يسلم المبيع هو في ضمان البايع في جميع ضمان
جسمه فلو هلك في يد البايع بفعله او بفعل المبيع بنفسه بان كان حيوانا فقتل نفسه او باسر سماوي بطل البيع
فان كان قبض الثمن اعاده لمن المشتري وان كان بفعل المشتري فعليه ثمنه فان ان كان البيع مطلقا او شرط الخيار وللمشتري
وان كان الخيار للبايع او كان البيع فاسدا لزمه ضمان مثله ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا وان هلك بفعل اجنبي
فالمشتري بالخيار ان شاء فسخ البيع وعاد المبيع لملك البايع ويضمن له اجنبي في المثلي مثل والا فالقيمة فان كان
الضمان من جنس الثمن وفيه فضل لا يطيب له وان كان من خلاف طاب وان سقا اختار المبيع واتبع الجاني الضمان
فان له ذلك وعليه الثمن للبايع فان كان في الضمان فضل فعلى ذلك التفصيل **قوله** ومن باع سلعة بسلعة او ثمن
بثمن قبل لهما سواء استويا في تعيين حق كل منهما قبل التسليم فاجاب بتقديم دفع احدهما عينه على الاخر يحكم
قبل فعان سواء لا بد من معرفة التسليم والتسلم الموجب للبراءة في التحرير تسليم المبيع ان يخلي بينه وبين المبيع
على وجه يتمكن من قبضه من غير حايل وكذا تسليم الثمن وفي الاجناس يعتبر في صحة التسليم بلفظ معان ان يقول خليت
بينك وبين المبيع وان يكون المبيع بحضرة المشتري على صفة يتاتى فيه القبض من غير مانع وان يكون معروفا غير
مستحق لحق غيره وعن ابي يوسف المتاع لغير البايع لا يبيع فلو اذن له بقبض المتاع والبيت صح وصار المتاع وديعة
عنده وكان ابو حنيفة رضه الله يقول القبض ان يقول خليت بينك وبين المبيع فاقبضه ويقول المشتري وهو عند
البايع قبضته فان اخذه براسه وصاحبه عنده فعاده فهو قبض دابة كان او بعيرا وان كان غلاما او جارية فقال له
المشتري تعال معي الى داري فخطى معه فهو قبض وكذا الوارسله في حاجته وفي الثوب ان اخذه بيده او على بيته
وبيته وهو موضوع على الارض فقال خليت بينك وبينه فاقبضه فقال قبضته وكذا القبض في البيع الفاسد
بالتخلية ولو اشترى حنطة في بيت ودفع البايع المفتاح اليه وقال خليت بينك وبينه فهو قبض وان لم دفعه
ولم يقل شيئا لا يكون قبضا ولو باع دارا غائبة فقال سلمتها اليك فقال قبضتها لم يكن قبضا وان كانت قريبة كان
قبضا وهو ان يكون محال بحيث يقدر على اعلامها وما لا يعد قريبا فهي بعيدة واطلق في المحيط ان بالتخلية يقع القبض
وان كان المبيع سعدا عنها وقال الحلواني ذكر في الزيادات واذا باع ضيعة وخلى بينها وبين المشتري ان كان بقرب منها
بصير قابضا او بعد لا يصير قال والناس عنه غافلون فانهم يشترون الضيعة بالسواد ويقرون بالتسليم
والقبض وهو كما يصح به القبض وفي جامع شمس الايمة يصح القبض وان كان العقار غايبا عنها عند ابي حنيفة خلافا لهما
وفي جمع النوازل دفع المفتاح في بيع الدار تسليم اذ تهيا له فتحه من غير تكلف وكذا لو اشترى بقرا في السرح
فقال للبايع اذهب واقبض ان كان بحيث يمكنه الاشارة اليه يكون قبضا ولو باع خلا ونحوه في دن وخلى
بينه وبين المشتري في دار نفسه وختم المشتري على الدن فهو قبض ولو اشتري ثوبا فامره البايع بقبضه
فلم يقبضه حتى اخذه انسان ان كان حين امره بقبضه امكنه من غير قيام صح التسليم وان كان لا يمكنه الا بقيام لا يصح
ولو اشترى طيرا في بيت الباب مغلوق فامره البايع بالقبض فلم يقبض حتى هب ريح ففتح الباب فطار لا يصح
التسليم وان فتحه المشتري فطار صح التسليم لانه يمكنه التسليم بان يحتاط في الفتح ولو اشترى فرسا في حظيرة فقال البايع
سلمتها اليك ففتح المشتري الباب فذهب الفرس ان امكنه اخذها من غير لزوم كان قبضا وهو تاويل مسئلة الطبروني وكان

اخر

احرز من غير لزوم ولا حيل ولو اشترى دابة والبايع راكبها فقال المشتري احملني معك فحمله فعطبت هلكت
على المشتري قال القاضي الامام هذا اذا لم يكن على الدابة سرج فان على او ركب في السرج يكون قابضا والا فلا ولو
كانا راكبين فباع المالك منهما الاخر لا يصير قابضا كما اذا باع الدار والبايع والمشتري فيها والمراد الموقوف للصواب

قد عرف ان البيع علة لحكمه من لزوم ونفاذ كسائر المكيين في الدليل والاصل ان لا
تتخلف حكم العلة عنها فقدم ما هو الاصل ثم شرع يذكر ما يتعلق به لعلة التي تتخلف عنها مقتضاها وهو البيع بشرط
الخيار وظهر ان شرط الخيار مانع ثابت على خلاف القياس لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط وبقال للبيع المشروط
فيه الخيار علة اسما ومعنى لا حكما وللمستلزم علة اسما ومعنى وحكما وقد عرف ذلك من اصطلاحهم في الاصول والمواضع
ثم اقسام مانع يمنع انعقاد العلة وهو حرية امتنع فلا ينعقد البيع في الحر لانها لا تنعقد الا في محلها ومحل
البيع في الحر لانها لا تنعقد الا في محلها ومحل البيع المال والحر ليس بمال فلا وجود للبيع اصلا فيه كانقطاع الوتر يمنع اصل
الرمي بعد القصد اليه ومانع يمنع تمام العلة وهو البيع للمضاف الى مال الغير كاصابة السهم بعد الرمي حايطا فرده
عن سمته ومانع يمنع ابتداء الحكم بعد انقطاع العلة وهو رضا الشرط يمنع ثبوت الحكم بعد انعقاد العلة وهو خيار
الشرط يمنع ثبوت حكمه وهو خروج المبيع عن ملكه على استثمار المرمي اليه سهم يمنع من اصابة الغرض منه ومانع
يمنع من تمام الحكم بعد ثبوته كخيار الرويه للمشتري ومانع يمنع لزومه كخيار العيب واضافة الخيار الى الشرط
على حقيقة الاضافة وهي اضافة الخيار الى سببه اذ سببه الشرط وحين ورد شرعنا جعلناه داخلا في الحكم
مانعا من ثبوته تقليلا لعمله بقدر الامكان وذلك كان عمله اثبات الخطر في ثبوت الملك وبذلك نسبه الخيار
فقولنا وتقليل ان يتول الخيار ما هو مر بلغتي الخطر بل اعتبار تعليق الملك بما لم يضعه الشرع سببا للملك فان
الشارع لم يضع ظهور العذر الفلاني في ورقه مثلا سببا للملك واخطر طرفي ذلك لا اثر له نعم ان تعالى اعتبرنا
في الحكم تقليلا لخلاف الاصل واما كونه فيه عذر وقد نهى عن بيع الغرر فذلك الغرور في المبيع وهذا في ان الملك على
يتبينا ولا **قوله** خيار الشرط جايز في البيع للمشتري ولما ثلاثة ايام مروي نصب ثلاثة ايام على الظرف اي في
ثلثة ومر فيها على انه خبر مبتدا محذوف اي هو ثلاثة ولا يخفى ما فيه والصواب ان يقدر مدته ثلاثة ايام في
فتاوى قاضي خان اذا شرط الخيار لا يثبت حكم العقد ويثبت الخيار في البيع الفاسد كالصحيح **قوله** والاصل ان
ما روي ان حيان ابن منقذ لسن عمرو الانصاري رضي الله عنه كان يعبن في السامات الحديث رواه الحاكم في المستدرك
من حديث محمد ابن اسحق عن نافع عن ابن عمر قال كان حيان بن منقذ رجلا ضعيفا وكان قد اصابته في راسه مامومة
فجعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم الخيار وقال لا خلابة وكان يشتري السلع فيجيء به الى اهله فيقولون هذا قال فيقول ان
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد جعل لي في بيع وسكت عليه وحيان يفتح الحا ومنقذ بالمعجمة ورواه ان ماجه من طريق
محمد ابن اسحق قال اخبرنا سفيان عن محمد ابن اسحق به ثم قال الشافعي رضه الله والاصل في بيع الخيار اثره فاسد ولكن
لما شرط رسول الله صلى الله عليه وسلم في المصراة خيار ثلثة في البيع وروي انه جعل الخيار لابن منقذ خيار ثلاثا فيما
ابتاع انتهينا اليما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم واخرجه البيهقي في سننه عن ابن عمر سمعت رجلا من الانصار
يشكو الى رسول الله صلى الله عليه وسلم انه لا يزال يغبن في البيوع فقال له اذا بايعت فقل لا خلابة ثم انت بالخيار
في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال قال ابن اسحق فحدث به محمد بن يحيى ابن حبان قال كان جدي منقذ بن عمرو
وقد اصيب في راسه وكان يغبن في البيع فذكر نحوه ورواه ابن ماجة عن محمد ابن يحيى بن حبان قال اصوجدي
منقذ ابن عمرو وكان قد اصابه امه في راسه فكسرت لسانه وكان لا يدع على ذلك التجارة وكان لا يزال يغبن
فاتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك الحديث وهو يقتضي ان المقول له منقذ بن عمرو لا حبان ابنه ولكن ان
هذا منقطع وغلط من عزاه لابن داود وكذا رواه البخاري في تاريخه لا واسط عن محمد ابن يحيى بن حبان بن عمرو
وذكر قال وعاش مايه وثلث سنة والحديث وان داريه ابن ماجة الا اكثر في توفيته ورجح ذلك عما قال فيه
ذكره ذلك السهيلي في الروضة الانف ولذا رواه ابن ابي شيبة عن محمد ابن يحيى ابن حبان قال قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم لمنقذ ابن عمرو قل لا خلابة واذا بعت بيعا فانت بالخيار ثلاث ليال ان كرهت الوقيعة لحبان ارجح كما مر

منقطع وهذا موصول هذا وشرط الخيار يجمع عليه واما ما روي في الموطا والصحيح عن ابن عمر ان رجلا ذكر للنبي صلى الله عليه وسلم انه كان يخدع في البيوع فقال اذا ابتعت فقل لا خلابة وله الخيار ثلاثة فليس فيه دليل على المقصود والعجب ممن قال الاصل في الخيار ثم ذكر هذا الحديث وهو عين المطلوب **قوله** لحرز الحاق خيار الشرط لو قال امرها بيد البيع ولو بايام جعلها بالخيار ثلاثة ايام صح بالاجماع حتى لو شرط الخيار بعد البيع الى شهر او رضا به فسد العقد عند ابي حنيفة خلافا لهما ولو باع على انه بالخيار على ان له ان يستغله ويستخدمه جاز وهو على خياره ولو قال في بيع بستان على انه بالخيار على ان له ان ياكل من ثمرته لا يجوز لان الثمرة حصة من الثمن وليس للبايع ان يطالب بالثمن قبل ان يسقط المشتري خياره ولو قال له انت بالخيار وكان له خيار ذلك المجلس فقط ولو قال الى الظهر فعند ابي حنيفة يتمد الى ان يخرج وقت الظهر وعندهما لا يدخل الغاية **قوله** وما يجوز اكثر منها اي ثلاثة ايام عند ابي حنيفة وهو قول زفر والشافعي لهما يجوز عند ابي حنيفة اذا زاد على ثلاثة ايام لانه لا يجوز اذا اطلق وقالا يجوز اذا سمى مدة معلومة لحديث ابن عمر رضي الله عنهما انه اجاز البيع الى شهرين وهذا دليل جواز الدعوى لانه جزء ما اكثر من ثلاثة ايام طالت المدة او قصرت وحديث ابن عمر بعد جواز اكثر من الثلاثة مدة خاصة لا غير ولان الخيار انما شرع لحاجة الى التروي ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى اكثر فصار كالتاجيل في الثمن شرع لحاجة الى التاخير محالفا لمقتضى العقد ثم جاز مقدارا تراضيا عليه ولقوله قال احبرين لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم وقال مالك اذا كان المبيع مما يبقى اكثر من يوم مما لغالبة لا يجوز ان يشرط الخيار فيه اكثر من يوم وان كان ضيعة لا يمكن الوقوف على حقيقتها الى ثلاثة ايام جاز ان يشرط اكثر من الثلاثة لانه شرع للحاجة ويمكن ان يقال لم يتعين استراط الاكثر طريقا لانه ان كان لامكان ان يذهب ضياعها قبل الشراء تمس حاجة الى استراط الخيار اصلا لان خيار الرؤية ثابت له ولو تاخرت رؤيته سنة وان كانت للعروض يتمكن من امرها هل تباع التمن المذكور الا على متضرع بها على الكمال او لا وان لم يراها فهذا لا يتوقف على اكثر من الثلاثة لانه يجرب بالسوال والمراجعة للناس العارفين وذلك يحصل في مدة الثلاث واما ما يتبارع اليه الفساد فحكمه مسطور في فتاوى القاضي اشترى شيئا يتبارع اليه الفساد على انه بالخيار ثلاثة ايام في الفساد لا يجبر المشتري على شيء وفي الاستحسان يقال للمشتري اما ان تفسخ البيع واما ان تاخذ المبيع وتاتي علك من الثمن حتى يجيز البيع للمشتر اما ان يفسخ البيع واما ان ياخذ المبيع وتاتي علك من الثمن حتى يجيز البيع او يفسد المبيع عند فسخ الضرر من الجانبين وهو نظير ما روي في يد رجل شيء شتاريه الفساد كالسمكة الطريه وجحد المدعي عليه واقام المدعي البينة وخاف فسادها في جرة التزكية فان القاضي يامر مدعي الشراء ان ينقد الثمن ويامر السمكة ثم القاضي يبيعها من آخر ويامر باخذ ثمنها ويضع الثمن للاول والثاني على يد عدل فان عدلت بينة المدعي الشراء الثاني الثمن ويدفع الثمن الاول للبايع ولو ضاع الثمن عند العدل يضيع الثمن الثاني كان بيع القاضي لبيعه ولو لم يعدل البينة فانه يضمن قيمة السمكة للمدعي عليه لان البيع لم يثبت وبقي اصل المال الغير بحجة البيع فيكون مضمونا عليه فالقيمة والوجه يقتضي ان هذا فيما اذا كان المبيع في يد البايع واما اذا كان في يد المشتري فلا يلزم شيء لانه اذا فسد لزم الثمن ان كان الخيار له والقيمة ان كان الخيار للبايع والله سبحانه وتعالى اعلم وجه قول ابي حنيفة ان وجه الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم فيثبت قضاء على خلاف القياس في المدة المذكورة للتروي فيما يدفع الغبن عنه ولا شك ان النظر يستحق كونه في هذا المبيع مغبونا او غير مغبون فيما يتم من ثلاثة ايام بل في اقل منها فان معرفة كونه مغبونا في هذه الصفقة او لا ليس من العلوم والبالغة في الحفا والاسكال تحتاج في حصوله الى مدة يزيد عليها فكان الزايد على الثلاث ليس في محل الحاجة اليه لحصول المعنى المذكور فلا يجوز الحاقه بالثلاث وكما لا يجوز بالقياس ولو قدر من العبارة بحيث لا تستفيد كونه مغبونا لم يعد وبالاشتغال عنه باعتباره كان مثله زايل العقل وبهذا يظهر ان قول ابن الجوزي في التحقيق في حديث حبان انه خرج مخرج الغالب غير صحيح وقاعة صلى الله عليه وسلم ضرب الثلث لمن كان غابنا في ضعف المعرفة على ما ذكر من امر حبان انه كان رجلا ضعيفا وكان يدمانه ما مومه افسدت حاله او انه متعمد وقد كان اصابته آمة في راسه فكسرت لسانه وناذعه عقله من الاعدام العقل بالكلية ومع ذلك لم يحجر على الاطلاق بل سوغ له ثلاثة ايام فلا شك في منع الزايد مع انه ورد في السمع ما يقتضيه صريحا وهو ان لم تبلغ درجة

الحجة فلا شك انه لم يستانس به بعد تمام الحجة وهو ما روى عبد الرزاق من حديث ابان ابن عباس عن انس ان رجلا اشترى من رجل بعيرا وشرط عليه الخيار اربعة ايام فاطل رسول الله صلى الله عليه وسلم البيع وقال الخيار ثلاثة ايام او اذا عمل بها مع الاعتراف بانه كان رجلا صالحا وكذا اخرج الدارقطني عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال الخيار ثلاثة ايام وفيه احمد ابن ميسرة متروك واما ما استدلوا به من حديث ابن عمر المذكور في الكتاب فلا نعرفه في شيء من كتب الحديث والاثار واما القياس على الاجل فنقول بموجبه ولا نضره لان الشارع لما شرع الاجل على خلاف القياس شرعه مطلقا فعلمنا ما خلافا فعلنا هنا الخيار شرعه مقيدا بثلاثة ايام او بلا ان ليالك فعلنا بتقييده حتى لو شرع الاجل ايضا مقيدا كما نقول لا يزاد عليها ايضا ولوجوب الاقتصار على مورد النص نقل عن سفيان الثوري ومن شريمة ان شرط الخيار للبايع لا يجوز كان نفس الخيار ومن شرط الخيار للمشتري قلنا ممنوع بل الاعم فان النبي صلى الله عليه وسلم قال له اذا بايعت وهو يصدق بكونه بايعا ومشتريا **قوله** الا انه استثنى من قوله وما يجوز اكثر منها اي لا يجوز في وقت من الاوقات الا في وقت اجازته داخل الثلاثة عند ابي حنيفة رضي الله عنه خلافا لزفر وبه قال الشافعي هو ابن قول زفر يقول انه ابتدا العقد افسده فلا ينقلب جايزا كما اذا باع الدرهم بدرهمين ثم استقط الدرهم الزايد لا ينقلب صحيحا او باع عبدا بالف ودرهم ثم استقط الدرهم وهذا لان البقاء على حسب الثبوت فان الباقي هو الذي كان قد ثبت ولابي حنيفة رضي الله عنه ان من له الخيار اسقط المفسد وهو استراط اليوم الرابع قبل تقرره اي قبل ثبوته وتحققه لان ثبوته بعض ثلاثة ايام فيعود جايزا كما اذا باع بالرقم وعلمه في المجلس فرضي به وهذا لان المفسد ليس هو شرط الخيار بل وصله بالرابع وهو متوهم الفصل قبل مجيء فيبقى العقد صحيحا ثم اختلف المشايخ في حكم هذا العقد في الابتداء فعند مشايخ العراق حكم الفساد حسب الظاهر اذ الظاهر دوامها على الشرط فاذا اسقطه ينقلب العقد بنفس الامر خلاف الظاهر فينقلب صحيحا وقال مشايخ خراسان على الشرط والامام السرخسي وفخر الاسلام وغيرهما من مشايخ ماوراء النهر هو موقوف ان وبالاسقاط قبل الرابع ينعقد صحيحا واذا مضى جزء من اليوم الرابع فسده العقد الان وهو الاوجه كذا في الظهيرية والذخيرة وذكر الكرخي نصا عن ابي حنيفة ان البيع موقوف على اجازة المشتري وانبت للبايع حق الفسخ قبل الاجازة لان كل من المتعاقدين حق الفسخ في البيع الموقوف والمعنى انه لا معنى للفساد بحسب الظاهر ودون الباطن للعدم الفساد في نفس الامر الا ان يدخل الرابع فيثبت الفساد في نفس الامر لتحقيقه المفوتين لان قبل الرابع لم يتحقق الخلاف الا ان يكون الفساد لغرض ان الفساد ثابت على وجه يرتفع شرعا باسقاطه خيار الرابع قبل مجيئه وهذا هو الظاهر الهداية حيث قال ينعقد فاسدا ثم يرتفع الفساد بحكم حذف الشرط وقوله وهذا على الوجه الاول لقوله في مقابله اسقاط المفسد قبل تقرره وهو الغالب فان التعليل هو الذي ينبني على الاصل لا ان اصل القاعدة ينبني على التعليل **قوله** عن المسايل المقيس عليها لزفر ان الفساد فيها لم يتصل بالعقد لانه بسبب المبيع وهو البدل لم يتمكن رفعه وهنا في شرطه ولا ينقلب العقد جايزا اذا اسقط الخيار قبل مضي الثلاثة كذلك لو اعتق العبد او مات العبد او المشتري او حدث به ما يوجب لزوم البيع ينقلب جايزا على قول ابي حنيفة ويلزمه الثمن **قوله** ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام فلا بيع بينهما اجاز والمشتري لهذا الشرط هنا هو البايع وكذا لو قبض الثمن وقال ان رده البايع الى ثلاثة ايام فلا بيع يجوز هذا البيع بهذا الشرط وصيره كخيار الشرط حتى اذا قبض المشتري المبيع يكون مضمونا عليه بالقيمة ولو اعتقه المشتري لا ينعقد عتقه ولو اعتقه البايع نفذ فان نقد الثمن قبل مضي الثلاثة ثم البيع فان لم ينقده فاسد البيع ولا ينفسخ بمضي عليه ظهير الدين وقال لا بد من فسخ هذه المسئلة حتى لو اعتقه المشتري وهو في يده عتق الا ان كان في يد البايع وقال محمد يجوز اربعة ايام فالكرخي قياس قوله في شرط الخيار فان دفع الثمن في الثلاثة جاز في قولهم جميعا والاصل فيه ابي في صحة هذا البيع الى ثلاثة ايام في الثمن ان هذا في معنى اشتراط الخيار فيلحق به دلالة لا قياس والدلالة له يشترط فيها تساوي الساوي وفهم الملحق لمجرد فهم الاصل مع فهم اللغة وكل من علم صحة اشتراط الخيار للمتروي ثلاثة ايام لكل من المتبايعين تباد اليه ان شريعته للمتروي لدفع ضرر الغبن في البيع والثمن فينبغي ان يجوز اليه جوازه لدفع الغبن في الثمن

للمالكة وكون هذا فسخا بتمام المدة قبل دفع الثمن وذلك بتقرير بتمامها لا يرد ولا أثر له لان المعتبر الدلالة الاشارة
في الجامع الذي يفهمه من فهم اللغة الا ابك سمعت انه لا ينفسخ بتمامها بل يرجع فاسدا وقد مر ابو حنيفة رحمه الله على اصله
في للثمن به وهو انه ابراء وكذلك في اللحق وكذا محمد حيث جعله جايزا بلا تنبيه لكن قد ابو يوسف فرق واخذ
في الاصل بالاثر يعني اثر ابن عمر في جواز شرط الخيار اكثر من ثلاثة ايام واخذ في دفعه الحيلة والقياس ان في الزايد
على الثلاثة واما في الثلاثة فلحديث ابن البرصاء على ما سيذكره في خيار التعيين هذا على ما ذكر عن ابي يوسف هنا وقد روي
عنه انه رجع الى قول محمد رواها الحسن ابن زياد عنه وفي شرح المجمع الاصح انه مع ابي حنيفة وكثير من المشايخ
لم يرجعوا عنه شيئا وكلوا على قوله بالاضطراب وفي هذه المسيلة قياس اخر يقتضي ان لا يجوز هذا البيع اصلا وهو انه
بيع شرط فيه لغالم فاسدة لتعلقه بالشرط وهو عدم دفع الثمن في الثلاثة الايام والا فلا له لا تعلق بالشرط لان منها
معنى التمليك حتى جعل بيعا جديدا في حق ثالث وهو لو شرط الا فلا له الصحيحة وهو لم تتعلق بالشرط بان قال بعتك
على ان ابيعك وتقبلا او قال استريت منك على ان تقيلني لا يصح لانه شرط لا يقتضيه العقد فاستراط الفاسد
اولى وبهذا القياس قال زفر ومالك والشافعي واحمد فكلهم منعوا صحة البيع والوجه عليهم ما قدمناه من الالحاق
بالدلالة لا بالقياس وهو المراد بقول المصنف وجه الاستحسان ما هنا وخيار البايع منع خروج المبيع عن ملكه لان تمام
هذا السبب الذي هو البيع بالرضاء لما عرف من قوله سبحانه وتعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم ولا يتم الرضى مع
الخيار لانه بفيد عدم الرضى بزوال ملكه فلم يتم السبب فانه لا يعمل الا مع وجود الشرط وهو الرضى ولا يوجب حكمه في حقه
فلا يخرج المبيع عن ملكه فلهذا اجاز تصرفه فيه فسعد يحنفه فيه ولو كان في يد المشتري ولا يملك المشتري التصرف
فيه وان قبضه بان البايع لبقاء ملك البايع فيه بلا اختلال وبالتعليل المذكور يعرف ان خيار المشتري يمنع خروج
الثمن عن ملكه ولا يجاد نسبته الى كل من له الخيار فانه اذا كان الخيار له لا يخرج المبيع من ملك البايع والثمن من ملك
المشتري ولو قبض المشتري المبيع وكان الخيار للبايع فهلك في مدة الخيار رضنه بالقيمة لان البيع ينفسخ بالهلاك فهلاك
على ما لا يعاد لا يحل شيئا في يد المشتري مقبوضا على وجه الامانة المحضة كالوديعة والاعارة كما نقل عن ابن ابي
ليلى رحمه الله انه لم يضمنه لانه ارضى البايع بقبضه الا على جهة العقد فاشبه ما لو قبضه بالعقد الفاسد
الشراء في المعوض على سوم الشراء القيمة اذا هلك وهو قيمي والمثلي اذا كان القبض بعد تسمية الثمن اما لم يسم
ثمنا فلا ضمان في الصحيح وعليه فرع ما ذكر الفقيه ابو الليث في العيون في رجل اخذ ثوبا اذهب به فان رضية
استرته فضاع في يده لم يلزمه شيء وان قال ان رضيت اشتريته بعشرة كان ضامنا للقيمة وثبوت الضمان
بالقيمة على المشتري في هذا البيع قال مالك والثوري في المشهور وعندهم وجه في ضمانه بالثمن وهو قياس قول
احمد لانه قال يخرج البيع من ملك البايع بثبوت الخيار له لان السبب قد تم بالايجاب والقبول وبثبوت الخيار
يثبت حق الفسخ وليس من ضرورة حق الفسخ انتفاء الملك كخيار العيب قلنا اقول تم البيع بالايجاب والقبول
اردت في حق حكمه معناه او تمت صورته فنعم ولا نسلم في ثبوت حكمه حتى يوجد شرط عمله وهو تمام الرضى
على ما ذكرناه وتبعيد المصنف الهلاك بكونه في مدة الخيار ليخرج ما اذا هلك بعدها وانه حينئذ يضمن
بالثمن لانه هلك بعدها اسوم البيع لعدم فسخ البايع في المدة ولو هلك المبيع في يد البايع والحال ان الخيار له
لا اشكال في انه بنفسخ ولا يتردد على المشتري اعتبارا بالمبيع الصحيح المطلق عن شرط الخيار فان فيه اذا هلك
المبيع في يد البايع قبل التسليم انفسخ البيع والعقد الصحيح ليس لاخراج الفاسد لزلل اعني الانفساخ بهلاك
المبيع في يد البايع بل لان الاعتبار للاصالة والفاسد باحد حكمه **قوله** وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك
البايع وقوله لان المبيع الى آخره تعليل المحذوف وهو قولنا فيخرج المبيع عن ملك البايع لان البيع في جانبه لازم
بان تقدم السبب في حقه واشفى ما يعمله من عمله اذا كان خيار المشتري لا يمنعه فيخرج وهذا لان الخيار
انما يمنع خروج البدل الذي هو من جهة من له الخيار كما ذكرنا انه يوجب عدم الرضى بخروج ملكه فلا يوثر السبب
خروجه لعدم شرط عمله فبقي على ملكه كما كان وقوله الا ان المشتري لا يملكه تعني لكن وهو استدراك لامر متبادر
عند قوله بخروج المبيع من ملك البايع اذا كان الخيار للمشتري وهو الذي ذكرناه فانه يتبادر بحكم العادة انه

اذا خرج المبيع عن ملك البايع يدخل في ملك المشتري وهذا عند ابي حنيفة وقال ملكه المشتري وبه قال مالك واحمد
والشافعي في قول لانه لما خرج عن ملك البايع لو لم يدخل في ملك المشتري يكون زايلا لا الى ملك مالك وهذا يمهد لنا باب
في الشرع في باب التجارة والمعاوضة فيكون كالسايبة ولا يرد شراءه متولي الكعبة اذا اشتري عبد السدانة
الكعبة والضيعة الموقوفة بعيدها اذا ضعف احدا فاشتري عبدا له آخر فلانه لا يدخل في ملك المشتري لان
ذلك ليس من هذا الباب بل من باب الاوقاف وحكم الاوقاف وكذا لا يرد التركة المستغرقة بالدين فانها
تخرج من ملك الميت ولا يدخل في ملك الورثة ولا العزما للعبد المذكور وابي حنيفة رضه الله انه لما لم يخرج الثمن
من ملكه فلو قلنا انه يدخل المبيع في ملكه اجتمع البدلان الثمن والمبيع في ملك احد المتعاوضين وهذا
وان اصل له في الشرع وان يكون المعاوضة تقتضي المساواة بين المتعاوضين في تبادل ملكيهما بخلاف ضمان غاصب المدبر
من ملك مالكه فيجتمع العوضان في ملك واحد فانه ضمان جناية لا ضمان معاوضة شرعية وهذا لزم اللزوم في
الشرع فاذكراه فان المشتري للسدانة والوقف كما بين في المعاوضة وهو خرج ولا يدخل في ملك احد ولكن خيار الشرط
شرع نظرا له ليتروي فيقف على المصلحة في رايه فلو اسسنا المالك له بمجرد البيع مع حيا الخفاء بفيض مقصوده او
ربما كان المبيع مما يعتق عليه فيعتق من غير اختياره فيعود شرط الخيار على موضعه بالنقض اذا كان معونا للنظر وذلك
لا يجوز وقد اورد على هذا لو لم يثبت الملك للمشتري لم يستحق به المنفعة لانا استحقاقا بالملك ولذا لا يثبت يحل الكلب
لكنه يستحق اذا بيعت دارا بحوارها بالاقتاف او بالاجماع اجيب بانه انما يستحق لانه صار احق به تصرفا لا انه
ملكه كالعبد المأذون يستحق اذا بيعت دار بحواره بهذا المعنى وحاصل هذا منع فصل استحقاق الشفعة على حقيقة
الملك بل هو او ما في معناه وهذا لا تكلف لا يحتاج اليه وسنأتي المسلة معلله ما سوام البيع في حق طلب الشفعة فيثبت
مقتضى تصحيحها او ما في الاجناس لو بيعت دار بجنبها فاخذها بالشفعة ثم يبطل خيار الرؤية فله ان يردها اذا رآها ويبطل خيار
الشرط فان هلك المبيع في يد المشتري ولو في مدة الخيار هلك بالثمن ولذا اذا وجد به عيب كان يرجع زواله كان قطعت يده ولو
بغير صنعه فانه يلزمه الثمن ويمتنع الرد بخلاف ما لو كان يرجع زواله في المدة بان مرض فان المشتري على خياره لكن ليس
له ان يرده مريضا بل حتى يبرا في المدة فان مضت المدة ولم يبرا لزم البيع فيه وعن ابي يوسف يبطل خيار المشتري
في كل عيب باي وجه كان الا في فصلة وهي ان النقصان اذا حصل في يد المشتري بفعل البايع لا يبطل خياره بالاتفاق رده
وان شاء اخذ البيع واخذ الارش من البايع وقوله بخلاف ما اذا كان الخيار للبايع متصل بقوله هلك بالمحق يعني الفرق
كان للمشتري فهلك المبيع في يد المشتري فانه هلك بالقيمة وبين ما اذا كان للمشتري فهلك بالثمن وهو ان الهلاك لا يخلو
عن مقدمة عيب ودخول العيب يمنع الرد حال قيامه كما بينا فاذا اتصل الهلاك لم يعد حالة لم يحز الرد فهلك وقد
انهدم العقد فاذا انفصل به الهلاك بل يوجد ما لم يجز له الرد فهلك وقد تبين ورد العقد وانبرام العقد يوجب الثمن لا القيمة
على ما تقدم من كون الخيار للبايع فان عيب المبيع لا يمنع الرد حكما لخيار البايع فهلك والعقد موقوف فيبطل العقد
فلا يجب الثمن بل القيمة ومنها ومن استرى امراته على انه بالخيار ثلاثة ايام فلم يفسد النكاح عند ابي حنيفة لاعدام
ملكها لما له من الخيار والبيع لا يدخل في ملك المشتري بالخيار فلو رد المبيع استمرت زوجته عنده وعندهما اذا فسخه
رجعت اليه مهرها فلا نكاح عليها وان وطيها قبل السيد له ان يردها لان الوطي لا يلزم هنا ان يكون اجازة لان له في النكاح
ملكا فلا يحمل له الوطي فلم يلزم كون وطيه اجازة اذ قالت بكرا لان الوطي ينقص البكر فيمتنع الرد بالعيب الذي
حدث عنده ومن هذا يعرف انه لو نقصها الوطي وهو سبب يمتنع الرد عنده وعندهما اذا فسخه رجعت بها للنقص
الذي حصل لها لذات الوطي فان قيل كما جوزتم مهرها الذي باعها فقد رضي بالنقصان بزوال البكارة وحين اثبت له
الخيار فقد رضي بالرد فيكون راضيا برد ها ناقصة اجيب بمنع بقاء الرضى بذلك بعد البيع بل لما باعها فسخ ذلك
الى الرضى الوصي على هو احكام هذا البيع واحكام هذا البيع ما ذكرنا وقال بعد النكاح لانه ملكها فان وطيها لا يرد
ولو كانت بنتا لان الوطي بعد انفساخ النكاح ليس الا بملك اليمين فكان مستحقا للخيار ورضى بالبيع وهذه المسيلة
من فروع الخلاف في ثبوت الملك في البيع للمشتري بشرط الخيار وعدمه ولها اخوات ذكرها المصنف تفريعا
على الخلاف في ذلك ومنها عتق العبد المشتري على المشتري بشرط الخيار في مدة الخيار اذا كان قريبه

قوله محرمة عنده وعندهما لا يعتق حتى يستغل المدة ولم يفسخ لانه لم يملكه ومنها ان من قال ان ملكت عبدا فهو حر فاشترى عبدا بشرط الخيار فانه لا يعتق عند ابي حنيفة لانه لم يملكه بسبب الخيار فلم يوجد الشرط وعندهما وجد فيعتق لان ملكه اقوى لانه لو قال ان اشتريت عبدا فهو حر فاشترى عبدا بشرط الخيار فانه يعتق بالاجماع لوجود الشرط وهذا مرافيكون كالمنبئ للعتق بعده من حيث ثبوت الحرية لا من كل وجه ولان لا يعتق عن الكفارة اذا نوى الحالف لبتر ايه ان يعتق عن كفارة ومنها انه اشترى جارية على انه بالخيار فحاضت في مدة الخيار او وجد بعض الحيضة ثم اختار البيع عندهما يجب ملك الحيضة لانها قبل الملك والوجود بعد الملك بعد الحيضة ولا بد من حيضة اخرى وعندهما يجزء بها لوجودها بعد الملك وينبغي ان يفيد بكون ذلك بعد الوطء لان السبب لوجوب الاستبراء الملك والملك لم يكمل بالقبض ولو اختار الفسخ فردها الى البائع لا يحتاج البائع الى استبرائها عند ابي حنيفة سواء كان الفسخ بعد القبض او قبله وان عندهما ان كان قبل القبض لا استبراء عليه استحسانا وان كان في القياس يجب وان كان الفسخ بعد القبض وجب على البائع استبراؤها قياسا واستحسانا لاستحداث الملك بعد ملك المشتري الملك المؤكد بالقبض فيثبت بوهم الشغل وانتفوا ان العقد لو كان بان فسخ بالقالة او غيرها ان كان قبل القبض فالقياس ان يجب على البائع استبراؤها قياسا واستحسانا ولو كان الخيار للبائع ففسخ في المدة فظاهر الرواية انه لا يجب عليه استبراء لانها لم تخرج عن ملكه وان اجازه فعلى المشتري استبراؤها بحيضة بعد الاجازة بالاجماع ومنها اذا ولدت منكوحته بعدما استراها على انه بالخيار فمضى المدة لا تصير ام ولد له وقيمتها ولدها وقد قيد الناطرون كلام المصنف بان تكون الولادة قبل القبض ولا بد منه لما ذكر في المبسوط لو ولدت عند المشتري ينقطع خياره لانها تفاحت بالولادة وتصير ام ولده بالاجماع وصور الطحاوي هذه الخلافية فيما اذا ولدت قبل الشراء فاذا اشترى جارية وقد ولدت منه ولد اشترط الخيار وقبض عند ابي حنيفة لا تصير ام ولد له وعندهما تصير ام ولد له بالشراء ويبطل خياره ويلزمه الثمن ولذا ذكر غير واحد بقيده بكونه قبل القبض احسن وهو يصدق بصورتين ما قبل القبض والشراء وما قبل القبض بعد الشراء ومنها ما اذا قبض المشتري بشرط الخيار له المبيع باذن البائع ثم اودعه عند البائع فهلك في يده في المدة هلك من مال البائع عنده لارتفاع القبض بالرد لانه لما هلك انتفع القبض بالايداع لان البائع لا يصح ان يكون مودعا لملك نفسه ولا يكون الايداع صحيحا وهلاك المبيع قبل القبض يبطل البيع وعندهما يهلك من مال المشتري لصحة الايداع باعتبار قيام ملكه وقد مر عدم صحة الايداع باعتبار ان المالك لا يصلح مودعا لملك نفسه صحيح لكن الواقع ان المبيع خرج من ملك البائع بالهلاك فلا يكون مودعا لملك نفسه فتصح وديعة المشتري لتحقق ايداع غير المالك كالمضارب وعزل وقد يراد ملكه بحسب المال لانه ليس للاب ان يتملك مال ابنه ملكه بان خيار المشتري البيع اما لو كان الخيار للبائع فسلم المبيع المشتري ثم ان المشتري اودعه في يد البائع فهلك في يده قبل نقد الثمن او بعده في قولهم جميعا ولو كان البيع باتا فقبضه المشتري باذن البائع او غير باذنه ويكون له فيه خيار رؤية او عيب فاودعه البائع فهلك في يده هلك على المشتري ولزمه الثمن اتفاقا لان هذين الخيارين لا يمنعان ثبوت الملك فصح الايداع منه ومنها لو كان المشتري بالخيار عبدا ماذونا فابراه البائع من الثمن في المدة يصح ابراؤه استحسانا لانه قياسا كان البائع لم يملك الثمن على المشتري بالخيار لوجوده بعيب هلاك الثمن وهو المبيع واذا صح ابراؤه ملك بتلقاء في السلعة ان شاء اجاز البيع فيأخذها بالثمن وان شاء فسخه ويأخذ الثمن لانه لم يملك المبيع فكان رده امتناعا عن ملك شيء بلا عوض والماذون بذلك كالوكيل ان له ان يمتنع عن قبول الهبة وعندهما يملك الثمن والواقع ان المبيع يدخل في ملك المشتري بالخيار لو رده كان متبرعا مملكا بغير عوض والعبد الماذون ليس من اهل التبرعات فاذا امتنع الرد استقر البيع بلا شيء واستشكل بقضية ان الثمن لا يخرج من ملك المشتري بشرط الخيار فكيف يتصور الابراء منه والجواب ان الابراء يستعمل شغل الذمة وليس من ضرورته زوال ملك المشغول ذمته عن مقداره الا ترى مشغول الذمة ولم يزل ملكه عن شيء من ماله وانما انتقلت ذمته بصحة السبب لان شرط الخيار ليس بخلاف السبب بل على حكمه كما تقدم بوجود البيع لا بد ان يشغل الذمة بالثمن ولا يظن انه يقارن وجود ايراء بل الثابت اصل الوجوب وليس في اصل الوجوب طلب اصلا على ما عرف ومنها اذا اشترى ذمي خمرا

من ذمي على ان المشتري بالخيار وتواسلم المشتري في مدة الخيار سقط الخيار عند ابي حنيفة لانه ملكها بلا بدل رد بها وهو مسلم وعندهما ملك البيع لانه لم يملكا او لم يملكه باسقاط الخيار وبعد الاسلام فيتعين بطلان البيع اما لو كان الخيار للبائع واسلم فبطلان البيع بالاجماع هذا اخر ما قرءه المصنف ومن المدوع ايضا على الحلاف في دخول المبيع في ملك المشتري بالخيار ما لم استرى مسلم من مسلم عصيرا بالخيار فتخمر في المدة فسد البيع عنده لتجدد عن ملكه باسقاط خياره وتم عندهما لتجدده عن رده بفسخه ومنها اذا اشترى دارا على انه بالخيار وهو ساكنها باجارة او اعارة فاستدام سكناها قال الامام السرخسي لا يكون اختيارا وانا لا اختيارا ابتدا المكنى وقال ظهير زاده استدامة المكنى اختيار عندهما لانه ملك التي وعنده ليس باختيار لانه بالاجارة او الاعارة لم يملك شيا ومنها حلال اشترى ظبيا بالخيار فقبضه ثم احرم والظبي في يده ينتقض الاحرام ولو كان للمشتري فاحرم البائع للمشتري ان يرده ومنها ان الخيار اذا كان للمشتري وفسخ العقد فالزوائد على البائع عندهما ان لم تحدث على ملك المشتري وعندهما للمشتري لانها حدثت على ملكه ومنها ومن شرط له الخيار سواء كان بائعا او مشتريا او اجنبيا له ان يجيز في مدة الخيار باجماع الفقهاء وله ان يفسخ فان اجاز بغير حضرة صاحبه يريد بغير علمه جاز فاذا كان الخيار للبائع فقد البيع باحدى معان بلاث تقضي مدة الخيار وموته واغمائه وجنونه في المدة فان افاق فيها قال الاسبيجابي والاصح انه على خياره ولو سكر من الخمر لم يبطل خلاف سكره من النبيذ ولو ارتد فعلى خلافه اجماعا ولو تصرف بحكم الخيار فهو موقوف عند ابي حنيفة رضي الله عنه خلافا لهما والمعنى الثالث ان يخبر البائع كان يقول اجزت البيع ورضيته واسقطت خياري ورضيت بذلك واذا كان الخيار للمشتري فنفاذه بما ذكرنا من الامور الثلاثة للبائع وبالفعل بان يتصرف في المبيع تصرف الملاك في مدة الخيار بان عتق او باع تبايعا ويدبره او يبيع او يرهنه او يؤجره وان لم يسلمه او يسلمه او يؤجره وان لم يسلمه على الاصح وكذا اذا على صحة في المدة فوجد الشرط فيها وذلك ان يباشر في المبيع فعلا يحتاج اليه للاستحسان ويحل في غير الملك كما اذا كان يحتاج اليه للاستحسان ويحل في غير الملك فهو على خياره فالوطء اجازة وكذا التقبيل بشهوة والمباشرة بشهوة والنظر الى الفرج بشهوة لا بغير شهوة لان ذلك يحل في غير الملك في الجملة فان الطبيب والقابلة يحل لهما النظر والمباشرة نعم التقبيل الا ان النظر اليه مرغب هو سي ولو انكر الشهوة في هذه كان القول قوله لانه منكر سقوط خياره وكذا اذا فعل الجارية ذلك يسقط خياره في قول ابي حنيفة وقال محمد لا يكون فعلها البته اجازة للبيع لان شرط الخيار لنفسه وهو الحق عليه وابي حنيفة ان بحرمة المصاهرة ثبت بهذه الاشياء فكانت ملحقة بالوطء فصارت هذه الاشياء من حيث هي ملحقة بالوطء في ايجاب الحرمة كالضاف الى اصل واما المباشرة مكروها كان او مطاوعا اختيارا ما عند ابي حنيفة فظاهر واما عند محمد فلان الوطء يتقيد حتى لو وجدت من غير المشتري يمنع الرد فاما المباشرة اذا انتهاها والمشتري كاره ثم تركها وهو يقدر على الامتناع فهو اختيار دانا يلزم سقوط الخيار وفي غير المباضعة اذا اقر بشهوتها ان فعلها يلزم استقاط خياره ولو دعى الجارية ليأخذ فراشه لا يسقط خياره والاستخدام ليس باجازة لانه يتمحض به والاستخدام ثانيا اجازة وقال في موضع اخر قال المرة الثانية تبطل الخيار وكالمبيع وشربه وليسه يسقط الخيار وفي فتاوى قاضيخان اذا لبسه مرة واستخدم مرارا وسكن مرارا لا يبطل خياره ويبطل بمرتين وركوبها لستة اشهر او يردها او يعلفها اجازة وقيل ان لم تكن بدون الركوب لا يكون اجازة والحاصل في فتاوى قاضيخان انه لا يبطل اذا وطئها استخسانا فجعله كالاستخدام ولو قطع هو افر الدابة او اخذ بعض عروضها لا يبطل ولو نسخ من الكتاب لنفسه او عبث بالثوب فقيل لا يكون اجازة وقيل هو الاصح وبه اخذ ابو الليث وطلب الشفعة بالدار المشتراة رضا بخلاف خياره الرؤية والعيب ولو حدث به عيب في خيار المشتري بطل خياره سواء حدث البائع او بغير فعله عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يرده العقد بفعل البائع لان البائع لا يقدر على الزام البيع ومتى قلنا انه يلزم بحالته انتقلنا له قدرة الزامه فتبطل فائدة شرط الخيار للمشتري بخلاف ما اذا كان من اجنبي فان لزومه لا من قبله ولهما ان ما ينقص بفعل البائع او بغير فعله عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يلزمه العقد بفعل البائع لا يقدر على الزام البيع في ضمان المشتري فيلزم العقد في ذلك القدر الذي تلف في ضمانه وتقدر على البائع حصته من الثمن فترد على البائع كان تغريما للصفقة على البائع قبل التمام في حق الرد وهو لا يجوز كفعل الاجنبي واذا عرف هذا عرف ان المشتري يرجع على البائع بالارش ولو كان الخيار للبائع وحدث به عيب فهو على خياره لان ما انتقص فعله فهو غير مضمون على البائع ولذا لو سقط الرد انه لم يسقط الارش

من الثمن فلو نقيصا الخيار تفرقت الصفقة على المشتري ولو سرع الدابة فهو رضى ولو لعب لبنها فهو رضى عند ابي حنيفة
رواه ابو يوسف عنه وقال ابو يوسف لا يكون رضى حتى يشربه او يستهلكه ولو سقى حرثا او ارض فان اشترى
الارض فهو رضى ولو سقى دوابه من النهر او شرب هو فليس برضى ولو طحن في الرحا فهو رضى وقد ذكرنا تفصيل ذلك
في رحا الماء ولبست في دار نا ولو كان المبيع دارا فباشر السكنى فطلب المشتري الاجرة من الساكن فهو اجارة ولو فعل العبد
او الجارية اوشط بالمشط او الدهن او البس فليس برضى **قوله** ومن فسخ ابن له الخيار في المدة بغير حضرة الاخر اي بغير علمه
لا يجوز عند ابي حنيفة وهو قول مالك وانا في باهضة عن العلم لو لم يبلغه الفسخ الا بعد المدة ثم البيع لعدم اعتبار ذلك الفسخ
وقال ابو يوسف يجوز وهو قول الشافعي فكذا الخلاف في خيار الرؤية والفسخ بالقول في المدة بان يقول فسخت او رددت البيع
وغير ذلك مما يرد به البيع وهذا الفسخ بالفعل فيجوز بغير علمه اتفاقا وكان مقتضى النظر ان من نال فسخ الفسخ بغير
علم صاحبه بالقول ان يتولى به فيما هو فعل اختيار لانه كالقول من حيث هو اختيار ثبت به لانفساخ خلافا لابي
وهو قول العيب بغير منفعة والهلاك فان كان الخيار للبايع فهو ان يتصرف في المبيع تصرف الاملاك كالعتق والبيع والوطي
وجميع ما قدمنا انه اجازه اذا صدر من المشتري من الافعال فهو فسخ اذا صدر من البايع له اي لابي يوسف اذ ابي الفاسخ منها
سلط على الفسخ من جهة صاحبه يعني الذي لا خيار له فلا يتوقف فسخه على علمه كبيع الوكيل يجوز مع عدم علم الموكل لها انه تصرف
في حق الغير وهو الذي لا خيار له بالرفع ولا يعرى عن الضرر لانه اي الغير الذي له الفسخ فيتصرف المشتري فيه فاذا كان
الخيار للبايع والواقع انه فسخ فيلزمه غرامة القيمة بالهلاك وقد يكون القيمة اكثر من الثمن اذ لا يطلب لسلعته مشتريا
امثالها على تمامه فيما اذا كان الخيار للمشتري وهذا نوع ضرر يجري من قبل الانفراد فيتوقف على علمه رضا كعزل الوكيل فضلا
عما اذا عدم علمه لانتفت حكم العزل في حقه مالم يعلم به فلا يتضرر بلزوم الثمن من ماله اذا كان وكيلا بالشراء وبطلان قوله
وتوقفه اذا كان وكيلا بالبيع وربما يعتد المشتري منه النقاد فيسعب الفساد والحاصل فيما سان تفارضا فيما بين ابي
يوسف يتوقف الوكيل وفيما سهما على عزل الوكيل ثم في قياسهما امور طرديه لا معنى لها وهو قوله تصرف في حق الغير
بالرفع فان هذا اثر له في نفي الصحة بلا علم اما فيه في اثر الصحة بلا اذن فان كونه حق الغير انما يمنع النفوذ بلا
اذن فهو بالنسبة من العلم طرد والاذن قد وجد في ضمن الشرط الخيار له فان قيل لا نسلم ان شرط الخيار يقتضي الاذن
بالفسخ مطلقا انما يكون ذلك لو لم يكن في مظنة ان يلحقه ضرر ما اذا كان الفسخ بغير علمه طريق ضرر يلحقه بالاتفاق ممنوع
حينئذ ان الموثر ليس الا كون فسخ مظنة ذلك الضرر اوضح قولنا ان ما سواه لا اثر له من كونه تصرف في حقه بلا علم
وحينئذ فيفتقر الطرف الى اثبات الضرر ولا يخفى ان الضرر الذي ذكرانه يلحق المشتري اذا كان الخيار للبايع في حيز
التعارض لان الضرر لزوم القيمة انما يكون بما على زيادة القيمة على الثمن وهو غير لازم وانما الكبير بل قد يكون الثمن اكثر من
القيمة فيها فيه محل التعارض بل الغالب ان البيع يكون بما هو قيمة المبيع فضوحا بباعات الاسواق فبطل ذلك المبيع واما ضرر
البايع باعتماده ولا يطلب لسلعته مشتريا فانما لحقه من تقصيره حيث لم يستكشف من المشتري في المدة فسخت او لا وتمثل
هذا كثير في الفقه اعني الزام ما هو ضرر التقصير من لزمه في اهماله لنفسه مع الكفاية بخلاف الوكيل فان ضرره لازم
بالزام ثمن ما يشتريه عليه ان كان وكيلا بالشراء لان الشراء اذا وجد نفاذا لا يتوقف فيتضرر بالزام ثمن ما لا غرض له فيه
ولا حاجة له به وقد لا يكون ما لكافي لاداره وبهذا ظهر ان قوله اعني عمدته اذا كان وكيلا بالبيع وهذا اضرر على النفس من
اقتراض المال لدفع الدين لما يلزمه عند الناس من تعجيز شانه ووضع قدره لابي يوسف وان في قوى والله اعلم وقوله حينئذ
والاقول انه سلط من جهته وكيف وهو لا يملك الفسخ فلا يملك تسليطه مشافهة لغيظه فان المراد من سلطه اذن له في
التصرف في حقه ذلك بالرفع في المدة فاذا منع تضمن شرط الخيار والاذن بلا علمه للضرر فكان الاذن مقيدا بعدم محل
الضرر وهو حال العلم فجوابه ما ذكرنا من اشتغاله في صورته للتعارض وعدم تاثيره في احد الجانبين للتقصير من يلزمه
وبهذا اجابوا عن المعارضة القابلة لو لم ينفرد من له الخيار بالفسخ تضرر وهو ايضا لانه يمكن ان يختفي صاحبه في المدة
حتى يتضرر فقالوا لهذا الضرر انما هو من حاسه من تقصيره في اخذ الوكيل واما الجواب فان الضرر بالاختفاء في سعة
فضل العمر انتجا وزمنه وقيل لا يختفي لانه امين حيث ثبت الخيار لصاحبه واعلم ان الالزام بهذا الغرر على احد الروايتين
في فتاوى قاضي خان جاء في باب البايع ليرد فاختفى فيه فطلب من القاضي ان ينصب خصما عن البايع ليرده عليه قال

بعضهم

بعضهم ينصب نظر للمشتري وقال محمد ابن سلمة لا يجيبه لان المشتري ترك النظر لنفسه حيث لم يا خذ منه وكيلا مع احتمال
غيبه فلا ينظر له فان لم ينصب القاضي وطلب القاضي من المشتري الاعذار عن محمد روايتان في رواية فينبعث منادیا
يناديه على باب البايع ان القاضي يقول لك فلانا يريد ان يرتد المبيع عليك فان حضرت والا انتقف البيع ولا
ينتقض القاضي بالاعذار وفي رواية لا يجيبه الا الاعذار وقيل لمحمد يعني على هذه الرواية كيف يصنع المشتري قال ينتظر
المشتري لسنتين فيا خذ منه وكيلا ثقة اذا خاف الغيبة حتى اذا غاب يرده على الوكيل وطريق نقض القاضي على احدى الروا
انه اذا قال الخصم ان عندت اليه وما شهدت فتواري يقول القاضي استهدوا انه زعم انه عاد الى داره في المدة
كل يوم واختفى فان كان امر كما زعم فقد ابطلت عليه الخيار فان ظهر واكر فعلى المدعي البينة بالخيار والاعذار وهذا لانه
لا يمكن من اقامة البينة على ذلك قبل ظهوره لانه لا علم على غايب ولا يسع حال غيبته للحكم بها عليه فاذا عرف هذا
فالمسايل المروية نقضا مسالة لانها على وقف ما ترجح من قول ابي يوسف لكان وردها بانا نسلم تمام الدليل فيما ان
المخيره بتم اختيارها بنفسها بلا علم زوجها ويلزمه حكم ذلك واجيب بان لزوم حكم الطلاق على الزوج بايجابه نفسه وهو
تخييره وهو بعد الرضا والعلم وهو مدفوع بان اثبات خيار العتق بمنزله اثبات خيار الطلاق فان كان الطلاق بايجابه
حال غيبته فكذا العتق بايجابه فيجوز حال غيبته ومنها الرجعة يتفرد بها الزوج ويلزمه حكمها المراة حتى لو تزوجت
بعد ثلث حيض فصاعدا اذا اثبت الرجعة قبلا اجيب بان الزوج لا يلزمها حكما جديدا لان الطلاق الرجعي لا يوقع النكاح
وانما يثبت البينونة عند فراغ العدة بشرط عدم الرجعة فكان علينا ان نستكشف شرط نفرضها هل هو موجود اذ ونها الطلا ق
والعتاق والعفو عن القصاص فان حكمها يلزم غيره بلا علمه واجيب بانها استفادات لا يلزم بها شيء من استطه
عنه فلا تتوقف على علمه ومنها خيار المعتقة يصح اختيارها الفرقة بلا علم زوجها اجيب لا رواية لها على تقدير
التسليم فالتخيير اثبته لها الشرع مطلقا ولها الولاية عليها ولا يخفى ان هذا من فساد الوضع فان كون الشرع
اثبت حكم الوقوف عن الاخر بغير علمه في خيار المخيره يقتضي انا الشرع لا نتوقف صحة الوقوف على علم الاخر في ثبوت
حكمه في حقه فان قلت فالضرر الذي يلزمه اذا احتى يحتاج اليه جوابه قلنا امتناعه عن تزوج امة تحاف قيام
نكاح التي اعتقت ومنها خيار المالك في بيع الفضولي بدون علم المتعاقدين اجيب بان عقدها لا وجود له في حق
المالك اذ لا ولاية لها عليه فاذا رد فقد بقي عدم شرط النفوذ فانعدم اصلا في حقه فانه يقع الانفاذ وحكما
ومنها العدة فانها تلزم على المراة بتطليق الزوج وان كان بغير علمها اجيب بان العدة انما وجبت بالطلاق حتى يتوقف بعد
الطلاق على علم من يجب عليه العدة الا ترى انها لا تجب بالطلاق قبل الدخول بل بالطلاق نفوذ في حق نفسه بازالة
ملكه اقدره الله تعالى عليه فانما يلزم في ضمن الطلاق والعبرة للمتضمن للمتضمن واما هنا فليس جواز الفسخ له
بتسليط صاحبه لما ذكرنا وقد عرف ما فيه **فروع** اشترى غلامان على انها بالخيار فرض احدهما عند البايع للآخر
عنده وقال له رددتك فضيعه ولو كان الخيار للعاقدين فقال البايع بحضرة المشتري اخترتك فهلك في يد المشتري
ولو تفاسخا العقد ثم هلك فعلى المشتري ولو تفاسخا العقد ثم هلك في يد المشتري قبل الرد بطل حكم الفسخ
ذكره في المجتبى وفي الفتاوى باع ارضا على ان البايع بالخيار لثلثة ايام ولم يتفاسخا حتى انقضت ايام الخيار فمضى
مضمونة على المشتري والمشتري حبسها لاستيفاء الثمن الذي كان دفعه للبايع فان اذن البايع بعد ذلك
للمشتري في ذراعا فزرعها بصبر امانة عند المشتري وكان للبايع ان ياخذها متى شاء قبل ان يرد الثمن وليس للمشتري
حبسها لانه لما زرعها باذن البايع صار كانه سلمها للبايع ولو مرض العبد والخيار للمشتري فلغى البايع فقال له
انقضت البيع ورددت العبد عليك فلم يقبل البايع ولم يقبله فان مضت المدة والعبد مريض لزم المشتري
وان صح فيها فلم يرده حتى مضت كان له ان يرده على البايع بذلك الرد الذي كان منه ومن باع على انه بالخيار فضا
المشتري على دراهم او عرض لغيبه على ان يسقط الخيار ومضى البيع فتعمل جاز وطاب اذا حاصله زيادة في الثمن
وكذا لو كان الخيار للمشتري فصالحه البايع على ان يسقط الخيار ويحط عنه من الثمن كذا او يعطيه هذا العوض
جاز لانه زيادة في المبيع او حط من الثمن ولو امره ببيع عبده على ان يشرط الخيار ثلاثة ايام فباعه مطلقا
لم يجز ولو امره مطلقا فباعه لشرط الخيار للامر او للاجنبي صح ولو وكله بالشراء وكيلا صحيحا فهو على ما ذكرنا

من التفصيل الا ان العقد متى لم ينعقد على الامر يتعذر على المأمور بخلاف البيع لان الشراء اذا لم يجد نفاذا انعقد على العاقد
قوله واذا مات مورثه الخيار بطل خياره بالبيع كان او مشتريا ولم ينتقل الى ورثته وان بطل خياره يلزم البيع للبايع
دخل المبيع في ملك ورثته وان كان الخيار للمشتري دخل المبيع وللبايع الثمن في تركته ان لم يكن قبضه وقيد بالخيار
لانه اذا مات العاقد الذي لا خيار له فالامر على خياره بالاجماع فان امضى البيع مضى فان فسخ فسخ وقال ان ابي يوسف يورث
عنه وبه قال مالك في ما هو في حكم المشهور الا في خيار رجوع الانسان لا ورثته حتى ان صاحب الملك ابطاله بجزء فيه
الارب كخيار العيب والتعيين فانها يورثان بالاتفاق ولنا انه خيار ليس لامشيه فاراده فلا يتصور انتقاله لان وصف
تحصيلي لا يمكن فيه ذلك والارث فيما يمكن فيه الانتقال وهو الاعيان ولفظ مشيه مضروب في انه خبر ليس وما في
الشروح من انه بدل عن الخبر وتقديره ان الخيار ليس شيأ الا مشيه مبني على قول ضعيف في العربية من ان بيد المحمول
عنه ما نفع العامل له وجعل احمد بعد الابدال والمختار ان المدفع له هو المحمول في ما عدا الازيد فاعل خلاف ما قاسوا
عليه من خيار العيب لان الارث فيه للعين من جملة الجند المستحق فاذا دخل في ملكه تمام الاجزاء وبعضها محتبس عند انسان
كان مخيارا ان يترك حقه او يبطل وهذا معنى ثبوت خيار العيب غير ان طلبه لا يمكن شيعا لارادة الكل واما خيار التعيين
فجعله اصلا احترازا عن فوات المبيع في يده لانه لا يخير خيار التعيين فكانه ذكر الزمانين وجوبه كذلك ان الموروث هو احد
العينين المخير في تعيينه فينتقل الى الوارث ذلك ولا زمه اختلاط الملكين قهرا كما اذا ورث مالا مشتركا فانه يثبت
حكم ذلك وهو وجوب التعيين والامتياز وهو معنى الخيار فجاز الحاقها لان العين الموروثة في الموضعين صالحا فعند
ابي حنيفة فلا يورث ورجحه قوي على ما تقدم وعلى ما اصل الدليل قولكم لا يتصور رضا كان الخيار للمشتري اذا
حقيقة فسلم لكن مراد بالانتقال ان يثبت الوارث شرعا ملك خلف ملك الميت او استحقاقه لا عين ذلك الملك
والاستحقاق المتيقن باضافته الى الميت كان ذلك غير ممكن فالوجه في الاستدلال ليس الا ان يقال ثبوت ذلك
شرعا في املاك الاعيان معلوم متفق عليه واما ثبوته عن السمع في غير فما من الحقوق فمتوقف على الدليل السمعي
ولم يوجد وعلى المدرك الشرعي يلغى لتنقيح الحكم الشرعي فان قالوا لم نجد وهو ما روي عنه عليه انه قال من ترك مالا
او حقا فلورثته ومن ترك كلا او عيالا فالي فلنا الثابت قوله ما لا في الصحيح واما الزيادة الاخرى فلم تثبت عندنا
وعلم ثبت لم يتم الدليل واما الجواب بان الملك انما ينتقل في ضمن انتقال العين فعندنا انه في غاية الضعف اذ لا معنى لكون
الارث انتقال التقومات العين والملك يتبع بدليل ما لو فان حقيقة انتقالها انما هو في المكان قال لان المراد انتقال
ملكها ليس غير نقول بينا المراد بقولهم انتقل ملكها ما بينا غير ذلك الكلام والمحاورات المكتوبة في بعض الشروح هذا
او يلزمه على تقدير ثبوته او يورث خيار المجلس عندهم والمنقول عنهم عدمه ثم يقول مقتضى النظر ان يتفرع
عدم انتقال الخيار الى الورثة على قول ابي حنيفة اما على قولهما ينبغي ان يورث لانه بمنزلة الملك للمشتري
بالخيار في العين فينتقل الى الورثة عين على وله فيا خيار ان يفسخ كما في خيار العيب بعينه وفي خيار
البايع ينتقل الثمن حلولا لهم **قوله** ومن اشترى شيأ وشرط الخيار لغيره يعني لغير العاقد الذي ليس بعاقد او الا لغير
يصح على البايع فانها جاز في ان شارط العاقد والمشروط الذي هو غيره جاز وانما نقض البيع انتقض فقط من
من سمدا واحملة الشرطية وهي انما اجاز خيره واذا تضمن المبتدا معنى الشرط جاز دخول الفاء في خبره نحو الذي
يأتيني فله درهم واصل هذا ايجاد اشتراطه لغير العاقد فان جوازه استحسانا في القياس لا يجوز وهو قول
زفر وقولان في وبقولنا وقول مالك واحد هو الاصح من مذهب الشافعي الا ان في ثبوته للعاقد مع ذلك
الغير وجهين في وجه يثبت لهما وفي وجه ثبت للغير وحده وعلى قوله الموافق لقول زفر فيه وجهان في وجه
لعقد البيع وفي وجه يصح البيع ويبطل الشرط وجه قول زفر ان الخيار من موجب العقد واحكامه فلا يجوز اشتراطه
لغير العاقد كاشتراط الثمن على غير المشتري واشتراط ملك المبيع لغير المشتري واشتراط تسليم الثمن او المبيع
على غير العاقدين ولان هذا تعليق انفساخ البيع وابرامه بفعل الغير والبيع لا يحتمل ذلك وقياسا على خيار الرؤية
والعيب وجه الاستحسان ان الحاجة قد تمس الى اشتراطه للغير لان شرعيته لاستخلاص الرأي وقد يكون الانسان
يعلم من نفسه قصور الرأي والتدبير عن غيره واثق بأخي ذلك بل يعلم ممن يعلم حرمته وجوده رأيه ومعرفته بالعيبة

واحوال البياعات فيشترط الخيار له لحصول المقصود من شرعيته فيجب تصحيحه واجتنبته عن العقد انما يمنع ان لم تكن محتاجة
ما نفيه لو اجزناه اصلا استقلالا لكنا لم نعتبره الا تبعا لثبوت الاشتراط العاقد فيثبت اشتراطه لنفسه افتضاء صحيحا
لتصرفه فيثبت لها واستشكل باستلزامه ثبوت ما هو الاصل بطريق الاقتضاء والثابت انما هو ما يكون تبعا قلنا اللازم
ممنوعة كان المراد المتبعة والاصالة بالنسبة لما هو المقصود او بالذات لا بالنسبة الى الوجود فالمقصود الذات
في قوله اعتق عبدك عني بالف انما هو العتق فكان المال مقصودا فيه تبعا لقصده ليصح العتق عنه وان كانا ملا بالنسبة
الى الوجود كذا هنا للمقصود العاقد بالغرض فكان ثبوته للعاقد تبعا للمقصود ليصح المقصود به فكان ثبوته بطريق
الاقتضاء واقعا على ما هو الاصل في الاقتضاء هذا هو التحقيق ان شاء الله تعالى وكما جاز ان يجوابه لما تكلف زايد فان قيل فلم لم
يجز اشتراط الثمن على الاجنبي وتثبت له اقتضاء كما يثبت الخيار له ويثبت للعاقد اقتضاء اجيب بان الثمن دين على العاقد
والخيار ليس فيما نقل الدين على الغير فلو ثبت الثمن له اقتضاء لاشتراطه على الاجنبي ليطلب المشتري وهو اشتراطه فانه انما
يعني به ثبوته على المشترط عليه ما هو ثابت على العاقد نعم لو كفل كفالة بثمنه الثمن الذي صح وعند صدور الخيار لهما
يكون لكل منهما الخيار فانهما اجازا جاز وانهما نقض البيع انتقض فلو اجاز احدهما وفسخ الاخر تعتبر السابق لوجوده في زمان
لا يزاحمه فيه غيره ولو خرج الحالان معا يعتبر نقض العاقد في رواية كتاب البيوع نقض او اجاز والنقض الذي
هو الفسخ في اخرى هي رواية كتاب الماذون سواء كان من العاقد او وكيله الاجنبي وجه الاول ان تصرف العاقد
اقوى ان تصرف العاقد اقوى لان النائب يستفيد الولاية منه والتصرف الصادر عن اصالة اقوى من التصرف
الثابت عن نيابة واستشكل بما اذا وكل رجلا اخر بطلاق امرأته فطلقها معا فانه لو اوقع طلاق احدهما لا طلاق الموكل
عينا ولو كان المرجح الاصل يعين طلاق اجيب بان الوكيل في الطلاق صغير كالوكيل في النكاح فكانت عبارته فالصادر
من كل منهما غير الصادر من الاخر وجه الثاني ان لا نرجح بكونه اصيلا او وكيلا لان الوكيل بعد ما استفاد ولاية على الفعل
كان مثله فاستويا ثم يترجح بنفس التصرف والفسخ اقوى لانه يلحق المجاز فيطلبه والاجازة لا يلحق المفسوخ فيتبرمه
قال ائمتنا الاربعة الصحيح ما ذكر في الماذون ثم قالوا الاول قول محمد والثاني قول ابي يوسف واستخرج هذا التخريج
من مسئلة اختلفا فيها هي ما اذا وكل عبده ببيع عبده فباع الموكل من رجل والوكيل من اخر فعند محمد جعل البيع من باع منه الموكل
ترجيحا لتصرفه الاصالة وابي يوسف يجعل بينهما سواء فيجعل العبد مشتركا بينهما ويجبر كل منهما لتفرق الصفقة
وعيب الشركة وقيل عند محمد يصح في النصف وينفسخ في النصف اي فيما اذا شرط الخيار لغيره لكن يخير صاحبه لتفرق
الصفقة عليه **قوله** ومن باع عبدا بالف على انه بالخيار في احدهما ثلاثة ايام فالبيع فاسد لما اخره والمسلم على
اربعة اوجه في ثلاثة البيع فاسد وفي واحدة صحيح احدها ان لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار وهي المذكورة
في الجامع الصغير ومعنى ان يكون هو المراد بالكتاب في قوله هو الوجه الاول المذكور في الكتاب والاظهر انه يريد به
البداية لان الهداية شرحها وفسادها لجهالة المبيع والثمن صحيحا وذلك لان الذي فيه الخيار لا ينعقد البيع فيه في حق
الحكم فكان كانه خارج عن البيع والبيع انما هو في الخيار وهو المجهول لجهالة من فيه الخيار ثم ثمن المبيع مجهول لان الثمن
لا ينقسم في مثله على البيع بالاجزاء بانها وهو الوجه الجايز ان يعين بالبيان بقول بعتك كل واحد من هذين بخمس مائة
على اني بالخيار في هذا الاشتغال للعقد من جهالة احد الامرين فان قيل ان انتفى عند الجهالة فقد تحقق عند اخر
وهو انه جعل قبول العقد في الذي فيه الخيار رد هو عندنا داخل في الحكم شرطا لانعقاده في الذي فيه الخيار وذلك عند
كالوجع بين حر وعبد حيث لا يجوز البيع في العبد اجاب عنه المصنف بقوله الا ان يعلم الا ان السؤال بقوله وقبول العقد
في الذي فيه الخيار ان كان شرطا لانعقاد العقد في الاخر لكن هذا غير مفسد للعقد لكونه من فيه الخيار محلا للبيع
حقوقا الوجع بين فتن وعبد حيث يفسد البيع في الفتن بحصته وان كان قبول العقد في المدبر في البيع
لمجلسه له في الجملة وهذا لوقضى القاضي بجواز بيعه فكان القبول شرطا صحيحا بخلاف ما شبه به من الجمع بين الحر
والعبد لان الحر ليس بمال اصلا ولا يدخل في البيع بحال فكان اشتراطه قبوله اشتراط شرطا فاسدا وفي الجمع بين الفتن
والمدبر في البيع سواء ان الله تعالى في احد البيعين الفاسدين والتزام ان يفصل ولم يعين الذي فيه الخيار وكان يقول البايع
بعتك كل واحد من هذين بخمس مائة على اني بالخيار في احدهما فساد المبيع بسبب جهالة من فيه الخيار ولا يفصل

خيار التعيين بالثلاثة عندابي حنيفة رحمه الله كذا في خيار الشرط لانه اصلا وعندهما اي مدة تراضيا عليه لعدم كونه معلومة وعلى هذا يجب انه اذا كان فيه خيار الشرط فمضت المدة حتى انتهى في احدهما ولزم التعيين ان تفيد التعيين ثلاثة ايام من ذلك الوقت وحينئذ فما طلاق الطحاوي قوله خيار الشرط موقت عندهما وخيار التمييز غير موقت فيه نظر وقد طولب بالفرق وعلى قول ابي يوسف حيث تمت المدة على الثلاثة في خيار التعيين علا اجيب بان في خيار النقد تعليقا صريحا باداة الشرط فلا يكون الوارد في خيار الشرط وارد فيه بخلاف خيار التعيين ليس فيه صريح التعليق فكان في معناه وهذا يوجب ان اخذه في خياره لنقد في الثلاثة بانزال عمد فيه ويبقى الزايد بالقياس واثر ابن عمر نقله الفقيه ابو الليث في شرح الجامع عن محمد ابن الحسن عن عبد الله بن المبارك عن ابن جريج عن سليمان مولى ابن السوداء قال ابعت من عبد الله ابن عمر جارية على انه لم نقد الثمن على لاثة ايام فلما سع بيننا فاحدث بن عمر هذا البيع ولم ير عن احد من الصحابة خلافا الا انه لا يطابق قول المصنف في مسئلة خيار النقد فيما تقدم فانه عند ابي يوسف رحمه الله اخذ في الاصل بالاثر وهذا بالقياس قوله ولو هلك احدهما او تعيب لزمه البيع فيه بثمنه وتعيين الآخر للامانة لامتناع الرد عليه علله المصنف بامتناع الرد بالتعيب فيعرف منه ان هذا اذا كان بعد ان قبضها لامتناع رده بسبب العيب الذي حدث فيه عنده وتقدم ان الهلاك لا يعدو عن ستة عيب فلو هلك الآخر عنده هلك بغير شيء لانه تعين امانة اما لو هلك احدهما قبل القبض او تعيب فلا يبطل البيع والمشتري بالخيار ان شاء اخذ الباقي بثمنه وان شاء ترك ولو هلك الكل قبل القبض بطل البيع ولو هلك معا قبل القبض سقط ثمن كل واحد منهما كشيوع البيع والامانة فليس احدهما اولى بكونه المبيع من الآخر وكذا اذا هلك على التعاقب ولم يدر الكل سبق من ايهما واثر هذا انما يظهر اذا كان ثمنهما متفاوت القيمة فان كانا متفقين وكذا اذا هلكا على التعاقب فاختلفا في الهالك اولا فان البايع ان اكثرهما ثمنا وقال المشتري الاقل فان القول قول المشتري مع يمينه على ما استقر عليه قول ابي يوسف ومحمد وكان ابو يوسف يقول وانما كان عليها نكل لزمه دعوى الآخر وان حلفا بجعل كانهما هلكا معا ثم رجع الى ما ذكرنا من قول محمد وابا حنيفة قبل فان اقام احدهما بينة قضى بينة البايع لانها الزايدة ولو تعيبا معا بطل خياره لشرط وامتنع عليه ردهما وخيار التعيين على حاله فيمسك ايهما شاء بثمنه ويرد الآخر وما يغرم من قيمة عيب المردود شيئا استحسانا لان العيب محل الابتداء البيع ايضا كالهلاك الهالك ليس محلا لابتدايه فليس محلا للتعيين ولو كان البيع فاسدا فقبضها فاحدهما مضمون عليه بالقيمة والآخر امانة ولو ماتا جميعا ضمن نصف قيمة كل منهما كالهلاك في البيع الصحيح بنصف ثمن نصف قيمة كل فان قيل من اين يتعين المعيب للبيع دون الامانة واحدهما على التعيين مبيع كما ان احدهما على التعيين امانة وامتناع الرد للعيب المحال به فرع اعتبار انه هو المبيع وفيه التحكم اذ اعتبار انه المبيع ليس باولى من اعتباره الامانة اجيب بان اعتباره المبيع عمل للدليل الحادث وهو البيع فانه سبب لايجاب الضمان ذكره القاضي العيني في مختلفاته واما عدم الضمان على الامين واستصحاب الحال فان قيل فلم لم يضمن الآخر اذا هلك ثانيا باعتبار انه مقبوض على سوم الشرا الجواب منع انه هلك بل المفروض كل منهما على حقيقة الشرا احدهما وليس هنا شيء على سوم الشرا الان ما على سوم الشرا لا يجوز فيه عقد بل تعيين الثمن فقط وهنا ينجز نام العقد فلزم بالضرورة ان قبض المعينين على ان احدهما غير معين مبيعا واحدهما غير معين امانة فاذا فرض وجود ما تعين المبيع منهما من الاستثناف لعين الآخر للامانة فان قيل لا يلزم انعكس حكم طلاق احدى الزوجتين وعتق احدى العبدين هناك يتعين للطلاق والعتاق البائن الهالك وهنا يتعين الهالك للمبيع اجاب على التي بانه لا فرق في الحاصل لان الهالك يهلك على ملكه في المسايل غير انه اذا هلك كل من الزوج والعبد على ملكه فتعين الباقي بالضرورة للطلاق والعتاق فاذا هلك العبد هنا على ملكه تعين الباقي للامانة وانت تعلم ان حقيقة السوال انه لا يتأتى جعل الهالك هنا هو المحل للتصرف دون الباقي وانما جعل المحل للتصرف في الكل لان الاحد الدايرين المعينا ولا بد من الفرق وهو ان العبد هنا لما اشترى على الهلاك خرج من ان يكون محلا للرد بالوجه الذي قلنا من المختلفات فيتعين العقد فيه فيتعين الباقي للضرورة وخيار اشترى على الهلاك لم يخرج عن كونها محلا للطلاق والعتاق وهو التصرف فتعين الباقي لها ضرورة وهذا بخلاف ما اذا اشترى كل واحد منهما بشرط على انه بالخيار ثلاثة ايام فهلكا احدهما

الثمن وهو ان يقول لعبك هذا بالف على ان بالخيار في هذا والفساد فيه لجهالة الثمن لانه ينقسم عليهما بالسوية فان علم الفرق بين هذا الذي لم تعين فيه الثمن وبين ما اذا جمع بين عبدين في البيع بثمن واحد فاخذ احدهما مدبرا ومكاتب او حر بين عاد العبد بهما ام ولد حيث يصح البيع في الكل بضعفه من جملة الثمن مع ان ثمن كل منهما مجهول الكمية حال العقد والبيع في المسيل المذكورة في الكتاب بالحصة اجيب بان متاعنا من لم يشتغل بالفرق وهو صحيح بخلاف ما ذكرنا هنا ان لا يجوز العقد في تلك المسايل في الكل وبصير ما ذكر هنا رواية في تلك المسايل من اشتغل بالفرق وهو الصحيح وهو ان المانع من حكم العقد هنا موجود بمعنى الا لفظ فانه فيد خل المدبر ومن معه في البيع لما ذكرنا من مجلسهم في الجملة ثم خرجوا بناء على استحقاقهم انفسهم حكما شرعا لم يتصل به حكم قاض يستطيعه وعلى ما ذكرنا ينفرع ما في فتاوى قاضي خان باع عبدين على انهما بالخيار وقبضهما المشتري ثم مات احدهما لا يجوز البيع في الباقي وان تراضيا على اجازته لان الاجازة حينئذ بمنزلة ابتداء العقد في البقية بالحصة ولو قال البايع بعد هذا او احدهما كان لغوا كما لو كان لم يتكلم وخياره فيهما كما كان لو باع عبدا واحدا او شرط الخيار لنفسه فنقض البيع في نصفه قوله ومن اشترى ثوبين على ان يأخذ ايا شاء اخذه المراد ان يشتري احد ثوبين او ثلاثة غير معين على ان يأخذ ايهما شاء وهذا خيار التعيين يعني اي الثوبين اذ الثلاثة شاء على انهما بالخيار ثلاثة ايام فيما يعد تعيينه للبيع اما اذا قال اعتق عبدا من عبدين بماية ولم يذكر قوله على انك بالخيار ثلاثة ايام شيئا لم يجز اتفاقا كقوله بعتك عبدا من عبيدي وان اشترى احدى اربعة لم يجز والقياس ان يصح البيع في الكل في احدى الاثنين والثلاثة كما يصح في الاربعة وهو ما في القياس قول زفر وان وجه الاستحسان ان شرع الخيار في خيار الشرط لدفع الغبن لتخاره ما هو الارفق والاوفق والحاجة على هذا النوع من البيع متحققة لان الانسان قد يحتاج الى ايراد عزم في اختيار المبيعات وهو ليس بحاضر وليس بحيث يحضر لعلو او ليصحبها خصوصا اذا كانت اهلة كما ينبغي ان يتركها في السوق ويراسل الرجال بتراعاتها حتى فيحتاج برفع اليه العدد من تلك النوع يختار الاوفق والامكنه البايع من حمله اليه لا ضياعا فكان في معنى ما ورد به النص فيجوز لتغير ان الحاجة تندفع بالمثل المحقق الجيد والردي والوسط فيما يندفع بعمل واحد من كل نوع من الثلاثة فلا يسع الرخصة في الزايد لان شرع الرخصة للحاجة وقول المصنف والجهالة لا تفضي الى المنازعة جواب عن تعليل زفر والشافعي باذا ظهر ان جواز هذا البيع للحاجة الى اختيار ما هو الاوفق لمن يشتريه والاوفق حاضرا وغايبا ظهر انه لا يجوز للبايع بل يختص خيار التعيين بالمشتري لان البايع لا حاجة له الى اختيار الاوفق والاوفق ان المبيع كان سوم قبل البيع وهو وارد على ما بنيه منه فيرد جانبه على القياس فلهذا نص في المجرد على انه لا يجوز في جانب البايع وذكر الكرخي انه يجوز استحسانا لانه بيع يجوز مع خيار المشتري فيجوز مع خيار البايع قياسا على الشرط وانت عرفت الفرق بتغير اختلف المشايخ في انه هو من شرط جواز هذا البيع اعني البيع الذي فيه خيار التعيين ان يكون فيه خيار الشرط كما قدمناه في الصورة قيل نعم كما هو المذكور في الجامع الصغير نظرا على ما ذكرناه ونسبة القاضي خان الى اكثر المشايخ وقال تحمل الامة في جامعه هو الصحيح وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير وعين والمذكور في الجامع الصغير من الصورة وقع اتفاقا لا عمدا وصححه فخر الاسلام قال الصحيح عندنا انه ليس بشرط وهو قول ابن شجاع وجه الاستدلال وهو قول الكرخي ان القياس يابى جواز هذا العقد بجهالة المبيع وقت لزوم العقد وانما جاز استحسانا بموضع السنة وهو شرط الخيار فلا يصح بدونه والاخف ضعف هذا الكلام فانه يقتضي ان شرط الالحاق بالدلالة ان يكون في محل الصورة الثانية بالعبارة وكان يلزم ان لا يصح البيع بخيار النقد الذي يبيع فيه خيار الشرط كان صحة البيع على انه ان لم ينعقد على ثلاثة ايام فلا بيع ما اثبت بدلالة نقض خيار الشرط والاعلم اشتراط ذلك غيرانهما ان تراضيا على خيار الشرط مع خيار التعيين ثبت حكمه وهو جواز ان يرد لا من الثوبين على ثلاثة ايام ولو بعد تعيين الثوب الذي فيه البيع لان حاصل التعيين في هذا البيع الذي فيه شرط الخيار لا انه ليسقط خياره ولو رد احدهما كان بخيار التعيين ويثبت البيع في الآخر بشرط الخيار ولو مضت الثلاثة قبل رد شيء وتعيينه بطل خيار الشرط وانبرام البيع في احدهما وعليه لان يعين ولو مات المشتري قبل الثلاثة تم بيع احدهما على الورثة بخيار التعيين لان خيار الشرط لا يورث والتعيين ينتقل الى الوارث ليميز ملكه من ملك غيره على ما ذكرناه وهذا لا يتوقف حق الوارث كما ذكره المصنف لانه صار بمنزلة الشريك المختلط ماله بمال غيره فلم يطلب ستر بكر القسمة لم يتعين عليه ولا يفوت وقته وان لم تراضيا على خيار الشرط معه لا بد من توقيت

فانه يمتنع عليه وطء الامة [illegible] لك امام العقد فيها قوله ومن اشترى دارا على انه بالخيار ثلاثة
ايام او اقل او اكثر عندما فبعت دار الخيار بنها فاخذها بالشفعة فعرض بالبيع فيسقط خياره واستفدنا من هذا
ان من اشترى دارا بالخيار له ان يمتنع بها فيما يباع بجنبها لان له الاجازة والرضى والشفعة بها رضى بها لانها تؤل الى اختيار
للملك فيما يمتنع به لانه ان ثبت الشفعة الا لدفع ضرر الجوار يحصل باستدامة الملك فحيث تثبت دل على انه
مستدير للملك فيقتضي سقوط الخيار لما قلنا عليه فيثبت الملك من وقت عقد الخيار فيكون سابقا على الشراء فامة
الشفعة اما على قولهما فلا حاجة لانهما قالا بان المشترى بالخيار ملكها فيتجه له الشفعة بها والوجه انها ايضا
كذلك لجواز زيادة قيمتها ان الملك وان كان ثابتا عندهما فانه رفعه فهو مزلزل والشفعة لدفع الضرر المستمد
فحين شفع دل على قصده استقبال الملك فيسقط خياره فلا ينفسخ بعد ذلك وفي المبسوط على تقدير انه لم يملكها على
قول ابي حنيفة وعدم هذا التقرير قال لانه احق بالتصرف فيها وذلك يكفيه لاستحقاقه الشفعة بها لما اذون
المستغرق بالدين والمكاتب فانهما يستحقان الشفعة وان لم يملكا رقبة الدار بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع
فالمشتري لم يصر احق بالتصرف فيها ولو اعتبرنا ما ذون والمكاتب كما لو كيل من السيد بالحال كان حسنا ورجع الاخذ
بالشفعة بسبب الملك هذا ولو كان خيار رؤية كان له ان يشفع فيها لان المسعة بالجانبها فيسقط به خيار الرؤية
حتى اذا رآها كان له ان يردها بعد ما شفع بها وسيأتي انه لو اسقط خيار الرؤية صريحا لا يسقط لانه معلق بالرؤية
فقبلها هو عدم فحيثما قلنا ثبت خيار الرؤية انه اذا رآها ثبتت له خيار الرؤية وذا لا يبطل خيار العيب بالاخذ
بالشفعة قوله واذا اشترى الرجلان عبدا مثلا على انهما بالخيار ورضي احدهما بالبيع بطل خيار الرؤية فليس له ان
يرده عند ابي حنيفة رحمه الله وقال يرده وعلى هذا الخلاف خيار العيب والرؤية بان اشترى الرجلان شيئا فاطلع
على عيب فرضي احدهما دون الاخر لم يكن للآخر رده عنده وعندهما له ذلك او اشتريا ولم يريا فعند الرؤية رضي
احدهما دون الاخر بها اثبات الخيار لهما او نباته لكل منهما فلا يسقط حقه باسقاط صاحبه حقه انما المبيع خرج من ملكه
غير معيب بعيب الشركة فلو رده احدهما رده معيبا وفيه الزام ضرر زايد فان البايع كما يحب ينتفع به متى شاء كيف
شاء فصار كحيث لا يعذر على ذلك لانه بطريق المباداة والخيار ما شرع لدفع الضرر عن احدهما بالحاق الضرر بالآخر
فان قيل لهذا الضرر حصل في ملك البايع قلنا ممنوع لانه بعد خروجه عن ملكه فان من خيار المشتري كخروج المبيع من ملك
البايع فان قيل لما شرط الخيار لهما فقد رضي بهذا العيب اجيب انه انما رضي به في ملكهما فان قيل بل رضي به مطلقا
لان الخيار معلوم انه قد يكون عنه اثر فمشترطه رضي بكل من الامرين اجاب عنه المصنف بقوله وليس من ضرورته
اخره بعيني لا يلزم من كونه شرطه لهما ان يكون راضيا بفسخ احدهما الجواز كونه لرضاه بفسخهما فاذا جاز هذا كان هو الظاهر
اذ الظاهر ان العاقل اذا احتمل الامر بين احدهما ضرر دون الآخر انما اراد المحتمل الذي لا ضرر فيه
لان الظاهر بل للزم عدم قصد العاقل الى ما يضره بلا فايدة قوله ومن باع عبدا على انه خباز او كاتب او جرفته
ذلك فكان بخلاف ذلك فالمشتري بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء تركه ولو مات هذا المشتري انتقل
الخيار الى ورثته اجماعا لانه في معنى ملك العين وهذا الشرط حاصله شرط نعت مرغوب فيه في المبيع ولو كان
موجودا فيه دخل في البيع وكان من مقتضياته فكان شرطه اذا كان فيه ضرر صحيحا فالاصل في اشتراط الاوصاف
ان ما كان وصفا لا غرر فيه فهو جايز وما لا غرر فيه لا يجوز ان يكون اشتراطه بمعنى البراءة من وجوده وهو ما ليس
مرغوبا فيه فعلى هذا ينفرع ما لو باع ناقة او شاة على انها حامل او نحلب كذا فالبيع فاسد عندنا خلافا
للشافعي على الاصح عنده لان شرط زيادة مجهولة لعدم العلم بما حتى لو شرط انها حلوب جازت كما اذا شرط في الفرس انه
عتاق وفي الكلب انه صايد حيث يعلم منه شرط كونه ذكرا او انثى وشرط كون الثمن مكفولا به اما لو اشترى جارية
على انها حامل فاختلف المشايخ فيه قيل يجوز كالناقة والشاة وقيل لا يجوز لان الحمل في الجواري عيب كالقرع للبهايم
فكان ذكر البراءة عن هذا العيب وقيل انما اشتراها ليتخذها ظيرا فشرط انها حامل سعى ذكر عرضه ذلك للبايع فالبيع
فاسد لانه شرط زيادة مجهولة في وجودها غرر فكانت كالناقة وان يرد ذلك جايز حملا للعقد البراءة من عيب
الحمل ومنه لو اشتراه على انه معيب فوجده سليما صح وكان له هذا وهو مذهب الحسن عن ابي حنيفة رح شرط الحمل في

في البزة والجارية انه يجوز وروى ابن سماعة عن محمد في [illegible] انه ان وجد به عيبا فله ان يرده
وهو اللبن قال محمد في مسلتنا فان قبضه المشتري ووجد به عيبا او زاد عيبا او في ما ينطلق عليه الاسم لا يكون له
حق الرد ومعناه ان يوجد منه ادنى ما ينطلق عليه اسم العاب والخبار اعني الاسم الذي يشعر بالحرفة فلو فعل
من ذلك ما ليس كذلك كان له حق الرد بان نكث شيئا يسيرا فصار في الوضع لو بحبر قدر ما يدفع عنه الهلاك يأكل
واذا لم يجده لا شرط وامتنع الرد بسبب من الاسباب رجع المشتري على البايع بحصته من الثمن بان يقوم العبد كاتبا
فيرجع بالتفاوت وعن ابي حنيفة لا يرجع حتى ان ثبوت الخيار للمشتري بالشرط لا بالتعذر وتعذر الرد في خيار
الشرط لا يوجب الرجوع على البايع فكذا هذا والصحيح ما ظاهر الرواية وبه قال ان في البايع عجزه عن تسليم
وصف السلامة كما في العيب ولو اختلف المشتري والبايع بعد مدة فقال المشتري لم اجده كاتبا وقال البايع سلمته
اياك كاتبا ولكنه نسي عندك والمدة تحتمل انه ينسى في مثلها فالقول للمشتري والاصل في هذا ان القول لمن يتمسك بالاصل
فان العدم في الصفات العارضة في هذا ان القول اصل والوجود في الصفات اصل وشهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال حجة اذا امتدت بمولد ولم يتأيد بما يتهم في ثبوت قوله الخصومة في الزام الخصم اذا عرف هذا
فاذا اختلفا قبل القبض لو بعده فقال المشتري ليس بهذا الوصف وقال البايع هو بهذا الوصف للحال يؤمر بالخبر والكتابة
فان فعل ما ينطلق عليه الاسم على ما ذكرنا لزم المشتري ولا يرده ولا يعتبر قول العبد في ذلك وان قال البايع سلمته
بها ونسي عندك والمدة تحتمل ذلك والمشتري ينكر ذلك فالقول قول المشتري ويرده لان الاصل عدم هذه الصفة
وان لم يكن قبضه لم يجبر على قبضه ودفع الثمن حتى يعرف هذه الصفة ولو اشترى جارية على انها بكر واختلفا قبل القبض
او بعده فقال البايع بكر للحال والمشتري ثيبت فان القاضي يريها للنساء فان قلن بكر لزم المشتري بلا يمين البايع لان
شهادتهن تأيدت هنا بمؤيد لان الاصل البكارة وان قلن ثيبت لم تثبت حق الفسخ بشهادتهن لان الفسخ حق قوي
وشهادتهن حجة ضعيفة لم تتأيد بمؤيد لكن حق الخصومة والخصومة حق ضعيف لا ألبست المقصود لذاتها
فجاز ان تثبت بشهادتهن فيحلف البايع بالله لقد سلمها بحكم البيع وهي بكر فان نكل ردت عليه وان حلف لزم المشتري
وروي عن ابي يوسف ومحمد في رواية انها تزد بشهادتهن قبل القبض بلا يمين من البايع وان لم يكن عند القاضي من النساء
من يثق بهن لا حلف البايع كان العيب لم تثبت للحال فلا تثبت حق الخصومة فلا تتوجه اليمين على البايع فيلزم ضرر به على
المشتري الى ان يحضر من النساء من يوثق بهن ولو فات عنها وسلمها اليك وهي بكر وزالت بيدك فالقول قوله
لان الاصل هو البكارة والبراءة والقاضي النساء ان البايع مقر بزوال البكارة وانما يقول زالت بيدك واعلم انه شرط في المبيع
ما يجوز اشتراطه فوجده بخلافه فتارة يكون البيع فاسدا وتارة يستمر على الصحة وتثبت للمشتري الخيار وتارة يستمر صحيحا واخيار للمشتري وهو ما اذا وجده خيرا مما شرطه وضابطه اذا كان المبيع من جنس المسمى فيه الخيار والتي
اجناسا عند الهروي والاسكندري والكمان والقطن والزعفران انثى في بني آدم جنسان وفي سائر الحيوانات جنس
واحد والضابط فيه اختلف التفاوت في الاغراض وعدمه فاذا اشترى ثوبا على انه اسكندري فوجده بلديا او قطنا
مرويا او كتانا فوجده قطنا او ابيض فوجده مصبوغا او مصبوغا بصفرة فاذا هو بزعفران او دارا على انها امة
فهو لبن او على ان الابناء نخل فاذا هي نخل او ارضا على ان جميع اشجارها مثمرة فوجدها واحدة غير مثمرة او على انه
عبد فاذا هو جارية او مصر على انه ميت فاذا هو زجاج فهو فاسد في جميع ذلك ولو اشترى جارية على انها مولدة
الكوفة فاذا هي مولودة بغداد او غلاما على انه تاجر او كاتب فاذا هو لا يحسنه او على انه فحل فاذا هو خصي او عكسه انها
نخلة فاذا هو فحل او ناقة فكان جملا او لحم معز فكان لحم ضان او على العكس ونحو ذلك فله الخيار فلو اشترى على
انه فحل فوجده نخلة او حمارا او بعيرا فاذا هو بالعكس انها ارها او جملا او بنت فاذا هو بخلافه جاز وكان
خيار له لانه صفة فضل من الشرط وهو ينبغي في مسئلة البعير والناقة ان يكون في العرب واهل البوادي الذين
يطلبون الدر والنسل اما اهل المدن والمكاريه فالبعير افضل ولو باع دارا فيها من الجذوع والخشب والابواب والنخيل
فاذا ليس فيها شيء من ذلك فللمشتري الخيار

باب خيار الرؤية

وهو على خيار الرؤية وذلك ان يشتري شيئا لم يره وان رآه حين العقد لان الرؤية شرط ثبوت الخيار وعدم

الرؤية فصار السبب لثبوت الخيار عدم الرؤية **قوله** ومن اشترى شيأ لم يره فالبيع جايز له الخيار اذا راه ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء رده سواء راه على الصفة التي وصفت له او على خلافها مثل ان اشترى جرابا فيه اثواب اهروية او زيتا في زق او حنطة في غرارة من غير ان يرى شيأ ومنه ان يقول بعتك ذرة بيضاء كذا وكذا في كمي صفته كذا وهذه الجارية وهي حاضرة منتفية له الخيار اذا راى شيأ من ذلك وفي المبسوط الاشارة اليه اولى امكانه ستر الجواز حتى لم يشر اليه ولا لامكانه لا يجوز بالاجماع انتهى لكن اطلاق الكتاب يقتضي جواز البيع سواء سمى جنس المبيع اولى وسواء اشار اليه امكانا او اليه وهو حاضر مستور او لا مثل ان يقول بعتك ما في كمي بل عامة المشايخ قالوا اطلاق الجواب يدل على الجواز عنده وطايفة قالوا لا يجوز لجهالة المبيع من كل وجه والظاهر ان المراد بالاطلاق ما ذكره شمس الايمة وغيره كصاحب الاسرار والذخيرة بعد القول بجواز اذا لم يعلم جنسه اصلا كان يقول بعتك شيأ بعشرة وقول المصنف وقال الشافعي لا يجوز العقد اصلا هو فيما لم يسم جنسه قولا واحدا انه لا يجوز اما فيما سمى جنسه وصفته على ما نقل في شرح الوجيز والحيلة انه يجوز على قوله القديم وعلى قوله الجديد لا يجوز وعن مالك واحمد مثل قولنا واختاره كثير من اصحاب الشافعي منهم القفال وهو قول عثمان وطلحة رضي الله عنهما وذكر المصنف في وجه ان المبيع مجهول معتقر اليه يعني وكلما كان كذلك لا يجوز بيعه لنهيه عليه السلام عن بيع الغرر ونهيه عن بيع ما ليس عند الانسان وما ذاك الا لجهالة فلنا اما النهي عن بيع ما ليس عندك فالمراد منه ما ليس في الملك اتفاقا اما ما ليس في حضرتك ونحن شرطنا في هذا البيع كون المبيع مملوكا للبايع فمقتضى عهدته واما بيع الغرر فلفظه يفيد انه غيره وذلك ليس الا بان يظهر له ما ليس في الواقع فينبني عليه فيكون مغرورا بذلك فيظهر له خلافه فيتضرر به وكيف كان فلا شك بعد القطع ونحن نقطع بان النهي عن ذلك لما لا يلزم من الضرر فيه ونقطع ببيان الضرر فيما اجزنا من ذلك انا لم نثبت الضرر ولو لم تثبت له الخيار اذا راه فاما اذا اوجبنا له الخيار اذا راه فلا ضرر فيه اصلا بل فيه محض مصلحة وهو ادراك حاجة كل البايع والمشتري فانه لو كان له به حاجة وهو غايب وافقت جوازا البيع على صورة وتدر بما يعرف بانه يذهب فيساوم فيه اجزاه فيشتريه منه فكان في الشرع هذا البيع على الوجه الذي ذكرنا من اثبات الخيار عند رويته محض مصلحة لكل من العاقدين من غير لحوق شيء من الضرر فاني يتناوله النهي عن بيع الغرر والحكام لم يشرع الا لمصالح العباد قطعا فكان مشروعا قطعا فوجب ان يحمل الحديث على البيع الثابت الذي لا خيار فيه لانه هو الذي يوجب ضرر المشتري والنهي قطعا ليس الا لذلك فظهر ان كلا من الحديثين ليس فيما اجزناه فكان نفيه قويا بل لا دليل وكانا في اثباته وهو انه مال معدود للتسليم لا ضرر في بيعه على الوجه المذكور فكان جايزا وبقي الحديث الذي ذكره المصنف زيادة في الخبر وهو ما رواه ابن ابي شيبة والبيهقي مرسلا بنا اسمعيل بن عياش عن ابي بكر ابن عبد الله ابن ابي مريم عن مكحول رفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم من اشترى شيأ لم يره فله الخيار اذا راه ان شاء اخذه وان شاء تركه والمرسل حجة عند اكثر اهل العلم وتضعيف ابن ابي مريم محجوج لانه عدالة لا يبقى على غير المضعفين وقد روي هذا الحديث ايضا الحسن وسلمة ابن المحبق وابن سيرين وهو رايي ابن سيرين ايضا وعمل به مالك واحمد وهو من نقل عنه تضعيف ابن ابي مريم على وفق حديثه بقي ان العلل على وفق الحديث ان هل هو تصحيح له وهو سبيله مختلفة بين الاصوليين والمختار ما لم يعلم انه عمله وعن الحديث وقد روي الحديث ايضا مرفوعا رواه ابو حنيفة عن الهيثم عن محمد بن سيرين عن ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم من اشترى شيأ لم يره فهو بالخيار اذا راه ورواه الدارقطني من طريق ابي حنيفة الا ان في طريقه الى ابي حنيفة عمر ابن ابراهيم الكردي نسب لوضع الحديث هذا ولا بد من كون المراد بالمقصود وصار حقيقة الرؤية من افراد المعنى المجازي وهذا الوجه سايل الخافية الا بقي الرؤية فيما مثل ما اذا كان مما يعرف بالتم كسك اشتراه وهو براه انما يثبت له عند قوله البيع عند شمه بعد رويته وكذا الوراق يشتريه تم اشتراه فوجده متغيرا لان تلك الرؤية غير معرفة للمقصود الا ان كذا شذا الاعمى يثبت له الخيار عند الوصف له فانهم فيه الوصف مقام الرؤية وقول المصنف فصار كجهالة الوصف في المعاين اشارة الى ما يعني فيما لو اشترى تربا مشارا اليه بذلك في مجرد ثبوت الجواز لا يفيد ثبوت الخيار لانه لا خيار في المشار به اعني الثوب وهو بنا على لزوم ذكر الجنس في البيع فبقي الغاية مجرد علم الوصف وقوله ولذا اذا قال رضيت لم يلزم كما بنا ما كان قبل الرؤية ثم راه له ان يرده لثبوت الخيار سلق في النص بالرؤية حيث قال فهو بالخيار اذا راه والمعلق بالشرط قبل وجوده والاسقاط لا يتحقق قبل الثبوت وقوله حق الفسخ

لما اخره جواب عن سؤال مقدر وهو طلب الفرق بين الفسخ والاجازة قبل الرؤية اذا اقاربا فيلزم اذا ما فسخ قبل الرؤية ان يسقط الرد بالعيب بعد الرؤية اذا اقاربا فيه بالعيب قبل الرؤية فاجاب بان نسبة التصرف في المبيع تعلقها بالشرط في الحدثين وهو في المعلق قبل الشرط وحاصل الجواب ان المعلق بالشرط هو عدم قبل وجوده اذا لم يكن له سبب غير ذلك الشرط فان الشيء قد يثبت باسباب كثيرة فالحديث لما علق الخيار بالرؤية ثبت به تعليق كل من الاجازة والفسخ فيما يعني الخيار له ان يخبر وان يفسخ ثم لما ثبت للاجازة سبب لا خر فبقي على العدم صح ان يثبت سببه وهو الرؤية بخلاف خيار العيب سببه وهو العيب فانه متى قبل الرؤية فاذا فات قبل الرؤية سقط خياره اذا اطلع عليه لرضاه بالعيب قبل ذلك واما الفسخ فيثبت ولا سبب اخر وهو عدم لزوم هذا العقد على المشتري وما كان غير لازم عليه له ان يفسخه بالضرورة كالعارية والوديعة والا فهو لازم هذا خلف وقد سلك المصنف وجه الله مسلك الطحاوي في عدم نقل خلاف جواز في الرد قبل الرؤية ونقل في التحفة فيه اختلاف المشايخ منهم من منع رواية فيه واما قول المصنف وان الرضى بالشيء قبل العلم به وصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية فلو تم لزم ان لا يصح البيع بشرط البراءة من العيوب لان حاصله الرضى بالمبيع قبل رؤية البيع ثم لمن يمنع الفسخ قبل الرؤية ان يمنع وجود سبب اخر غير الرؤية ونقول عدم اللزوم لسبب اخر قبل الرؤية فلنا يمنع تحقق عدم اللزوم بل يتوقف قبل الرؤية البيع بات فليس له فسخه فان الشارع علق ثبات فدون الفسخ والاجازة الذي هو الخيار بالرؤية فقبله يثبت حكم السبب وهو اللزوم لا غاية الرؤية لم يرفعه عندها فثبت قدرة الفسخ والاجازة سمعا واعلم ان خيار الرؤية ثبت في اربعة مواضع ليس غير من الاعيان والاجارة والصلح عن دعوى مال عين والقسمة وعرف من هذا انه لا يكون في الديون فلا يكون في السلم فيه والثمن في الايمان الحاصله خلاف ما لو كان المبيع انا من احد النقدين فان فيه الخيار ولو تبايعا مقايضة ثبت الخيار لكل منهما وحكمه كل ما كان في عقد ينفسخ لا ما لا ينفسخ كالمهر وبدل الصلح عن القياس وبدل الخلع وان كانت اعيانا لانه لا يفيد فيها لان الزاد لما لم يوجب الانفساخ بقي العقد فاما ما وقع ما يوجب المطالبة باليمين ابتداء بالامر من القيمة فلو كان له ان يرده كان له ان يرده ابدا وليس للبايع ان يطالب المشتري بالثمن ما لم يسقط خيار الرؤية منه ولا يتوقف الفسخ على قضاء ولا رضى بل بمجرد قوله رددت تفسخ قبل القبض وبعده لكن بشرط علم البايع عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف كما هو ظاهر فيما في الفسخ في خيار الشرط **قوله** ومن باع ما لم يره باب ورث عينا من الاعيان في بلدة اخرى بنا ما قبل ان يراه فلا خيار له وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول اولا لم الخيار اعتبارا لخيار العيب فانه ثبت للبايع حتى جاز ان يرد الثمن بالزيافة وخيار الشرط فانه يجوز لهما ولو اقتصد على خيار العيب كان اقرب لان ثبوته في العيب معقول لاحتناس ما هو بعض المبيع عند البايع فكان قبل من ترك حقه او اخذه بالثمن ورد المبيع بخلاف خيار الشرط وفي عدم الرؤية لتحصيل شرط المبيع وهو العلم التام بالمبيع غير انه جوز مشايخنا للمصلحة التي ذكرناها ثم تقرير المصنف حيث قال وهذا لان لزوم العقد بتمام الرضى والا يعني في حق البايع وثبوته في حق المشتري لا يتحقق ذلك اي تمام الرضى الا بالعلم بالاوصاف المبيع وذلك بالرؤية محال انه قياس بجامع عدم الرضى بالمبيع في الثبات وهو تعليل بالعدم وحاصله ان ثبوت الخيار لعدم ثبوت الرضى باحكام العقد فكذا العدم يرد عليه ان حكم الاصل اعني خيار الشرط منوط فيه شرعا على تراضيهما فقياسه ان يكون هنا ثبت الخيار وثبوتها الا اذا اسكتا عنه فلزم حينئذ فهمكنا هنا وليس الواقع هنا الظهور اختلاف حكم الاصل والفرع ولو لم يختلفا فالاصل معزول عن القياس فلا تقاس عليه فكذا حق له ان يرجع وذلك للرجوع اليه وجهين احدهما انه معلق بالخطر الذي هو نفيه والاصح انه بقي الحكم بمفهوم الشرط اذ حاصله انتفاء الحكم لانتفاء الشرط والثاني ما اخرجه الطحاوي وتم البيهقي عن علقمة عن ابن مسعود وقاص ان طلحة رضي الله عنه اشترى من عثمان رضي الله عنه مالا فقيل لعثمان انك قد غبنت فقال عثمان لي الخيار لاني بعت ما لم اره وقال طلحة رضي الله عنه لي الخيار لاني اشتريت ما لم اره فحكم بينهما جبير ابن مطعم رضي الله عنه فقضى ان الخيار لطلحة دون عثمان والظاهر ان مثل هذا لا يكون لمحض من الصحابة رضي الله عنهم كان قضية تجري بين المتخالفين من رجلين كبيرين ثم انما حكما غيرهما فانا لغالب على الظن شهرتها وانتشار خبرها لخبر حكم جبير بذلك ولم يروي عن احد خلافه كان اجماعا سكوتيا ظاهرا **قوله** ثم خيار الرؤية غير موقت خلافا لما ذهب اليه بعض المشايخ من انه موقت بقدر ما يمكن فيه من الفسخ فانا نمكن من الفسخ بعد الرؤية فلم يفسخ بطل خياره ولزم البيع فيه والمختار انه لا يتوقت بل ينبغي ان يوجد ما يبطله

ويبطله ما يبطل خيار الشرط من تقييد بعلى بعد الرؤية او تصرف يبطل خيار الرؤية سيذكره في التصرف
مطلقا فكذا وصله بقوله ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه للتصرف كالاعتاق للعبد الذي اشتراه ولم يره وتدبيره
او تصرفا يوجب حقا للغير كالبيع ولو بشرط الخيار للمشتري يخلوص الحق للمشتري وقوله كالبيع المطلق احتراز عما
عن شرط الخيار للبايع لان به لا يخرج المبيع عن ملكه وكالهبة مع التسليم والرهن والاجارة تبطل خيار الرؤية سواء
وجدت بعد الرؤية او قبلها لان هذه الحقوق مانعة من الفسخ واذا تعذر الفسخ شرعا بطل الخيار ووجب تقدير
قيد به لاحدث فيكون قوله صلى الله عليه وسلم له الخيار اذا رآه واحاله تقدير مخصص بالعقد وان كان تصرفا لا يوجب
حقا للغير كالبيع بشرط الخيار للبايع والمساومة بالمبيع وهبته لا تسليمه لا يبطله قبل الرؤية لانه لو ابطل الخيار
كان باعتبار دلالته على الرضى وصريح الرضى قبل الرؤية لا يبطل الخيار وعند دلالته اولى ويبطله بعد الرؤية لوجود
دلالة الرضى ولما كان قوله وما يبطل خيار الشرط يبطله مقيدا بالتفصيل المذكور سقط الاعتراض بالاخذ بالشفعة
وبالعرض على البيع فانها اذا وجدا من المشتري الذي له خيار الشرط يبطل بهما خياره ولا يبطل بهما خيار الرؤية بل له
ان يأخذ بالشفعة ثم يرد الدار عند الرؤية لما ذكرنا من ان دلالة الرضى لا يعمل في اسقاط خيار الرؤية قبل الرؤية
ثم في التصرف الذي تعلق به حق الغير لو عاد الى ملكه بيرد لنقصان او بفك الرهن او فسخ الاجارة قبل الرؤية ثم رآه لا خيار له
لانه سقط ولا يعود الا بسبب جديد الا ترى ان له ان يرد بعيب وتبوت الخيار له بظاهر النص تقديم وجوب تخصيص
فكانت هذه الرؤية الكاملة بعد العود من محال التخصيص وما يسقط خيار الرؤية ان يقبضه اذا رآه لدلالة
القبض بعد الرؤية على الرضى به قوله ومن نظر الى وجه الجارية ليس اخره والاصل في هذا ان رؤية جميع اجزاء
المبيع غير مشروطة في انتفاء ثبوت خيار الرؤية لتعذر ذلك عادة وشرعا والاخبار ان ينظر الى كل جنة منها وذلك يحتمل
فيكتفي برؤية ما هو المقصود فاذا رآه جعل غير المرئي بمنزلة المرئي فاذا اسقط الخيار في الاصل سقط بحق البيع اذ اعرف
هذا انبنى عليه ان من نظر الى وجه الجارية او العبد ثم اشتراه فرآي الباقي فلا خيار له فليس له رده بخيار الرؤية
خلافا لما روي في بطنها او ظهرهما وسايراعضائها الى الوجه فان له الخيار اذا رآي وجهها لان سايرالاعضاء في
العبد والامابيع للوجه وكنا تتفاوت القيمة اذا فرض تفاوت الوجه مع ان تساوي سايرالاعضاء وفي الدواب
تعتبر رؤية الوجه والكفل لانهما المقصود فيسقط برؤيتها غيرهما وقيل لا يسقط ما لم يرقوائمها وهو المروي
عن ابي يوسف ونقل صاحب الاجناس عن المجرد عن ابي حنيفة في الدابة اذا رآي عنقها او فخذها او ساقها او وجهها
او مدرها ليس له خيار الرؤية وان رآي حوافرها او ماضيها فله الخيار رد عن محمد يكفي لوجه اعتبارا بالعبد وفي
رواية المعلى عن ابي حنيفة تعتبر في الدواب عرف التجار وفي شاة اللحم لا بد من الجس بايديه فلا يكتفي بالرؤية ما لم
يجسها لان المقصود اللحم وفي شاة الغنية لا بد من رؤية الضرع وفي بطم لا بد من الذوق لان ذلك هو المعروف للمقصود
فلا يسقط الخيار بدون ذلك وكذا اذا رآي الثوب مطويا لان الباقي يعرف ما في الطي فلو شرط فتحه لنظر البايع
تتكسر ثوبه وتنقصان بحبته وبذلك يتضرر عليه اللهم الا ان يكون له وجهان فلا بد من رؤية كل الوجهين
او يكون الثوب لا يبسط خياره لانه استقر اختلاف الباطن والظاهر في الثياب وهو قول زفر وفي البسط الجواب
على ما قال زفر وفي البساط لا بد من رؤية جميعه ولو نظر الى ظهور الكاغد لا يبطل خيارها ولو نظر الى وجهها دون
الصرم يبطل قيل وينبغي ان ينظر داخل الصرم في زماننا لنقاوته ولونه مقصود او في الجبة لا يبطل خياره برؤية
باطنها ويبطل برؤية ظاهرها الا اذا كانت البطانة مقصودة بان كان بنها فرو واما الوسادة المحشوة اذا رآي ظاهرها
وان كانت محشوة بما يحشى به مثلها بطل خياره وان كان مما لا يحشى به مثلها له الخيار هذا اذا كان المبيع واحدا فادخل
في المبيع اشياء فان كانت الاحاد لا تتفاوت كالمكيل والموزون وعلامته ان لا يتفاوت احاده ما لا يعرض
بالسمرخ فيكتفي برؤية واحد منها في سقوط الخيار والا اذا كان البايع اذا رآي ما رآى فحسب تذكر له الخيار يعني خيار العيب
لا خيار الرؤية وكم في البنايع وفي الكافي اذا كان اذا رآي له انما يرضى بالصفقة التي راها لا بغيرها وهذا التعليل
يفيد انه خيار الرؤية وهو مقتضى سوق كلام المصنف والتحقيق انه في بعض الصور خيار عيب وهو ما اذا كان الاختلاف
لا يوصله الى حد العيب وخيار رؤية اذا كان الاختلاف لا يوصله الى اسم العيب بل الدون وقد يجتمعان فيما اذا اشترى

ما لم يره فلم يقبضه حتى ذكره البايع به عيبا ثم راه المبيع في الحال وان لم يخبر اجباره ضعفا ونه كما لثياب والدواب
والعبيد فلا بد من رؤية كل واحد لكن على الوجه الذي ذكرنا اعني رواية ما هو المقصود من كل واحد والجوز والبيض من
هذا القبيل فيما ذكر الكرخي قال المصنف وكان ينبغي ان يكون مثل الحنطة والشعير لكونهما متشابهة وهو صحيح في المحيط
وفي المجرد وهو الاصح ثم السقوط برؤية البعض في الكل اذا كان شيئا واحدا اما اذا كان شيئا وعما بينا والكرا ختلفوا
مشايخ العراق على ان رؤية احدهما كرؤية الكل ومشايخ بلخ لا يكتفي بل لا بد من رؤية كل وعما والصحيح انه يسقط برؤية البعض
لانه يعرف حال الباقي في هذا اذا ظهر له ان ما في الوعا الآخر مثله او اجود اما اذا كان ارذى فهو على خياره واذا كان مما
يتفاوت احاده كالبطيخ والرمان فلا يكتفي برؤية بعضها في سقوط خياره في الباقي ولو قال رضيت واسقطت خياري
وفي الشرح الوجيز لا بد من رؤية الكل وله الشرح بادانه ولبده لا بد من رؤية الكل قوله وان رآي محل الدار
فلا خيار له وان لم يشاهد بيوتها وكذا اذا رآي خارج الدار او رآي اشجار البستان خارج لان النظر اليها جميع اجزايها
متعذر اذ لا يمكن النظر الى تحت الشجر والى ما بين الحيطان من الجذوع فيكتفي برؤية المقصود منها وعند زفر لا بد
من دخول البيوت والاصح ان جواب الكتاب على وفق عاداتهم في الابنية في الكوفة فان دورهم لم تكن متفاوتة
اما في ديارنا فلا بد من الدخول داخل الدار قال زفر لتفاوت الدور بكثرة المرافق وقلتها فلا يصير معلوما بالنظر
الى صحنها وهو الصحيح او هذا لا يفيد الا ان يقال كل من ذلك مقصود وعلى هذا ما ذكر من انه لا يشترط رؤية العلو الا في
بلد يكون العلو مقصودا الخ في سمرقند لا يشترط فيه المطبخ والمزبلة على خلاف بلادنا بل يصير مشترط بعضهم
رؤية الكل وهو الاظهر والاشبه كما قال الثاني وهو المعتبر في ديار مصر وان لم والعرف واما ذكر في الاشجار
من الاكتفاء برؤية رؤس الاشجار او برؤية خارجه فقد انكر بعض المشايخ هذه الرواية وقال المقصود فيها
باطنه فلا يكتفي برؤية ظاهره وفي جامع قاضي خان لا يكتفي برؤية الخارج ورؤس الاشجار انتهى وفي رؤية
الكرم لا بد من رؤية عنب الكرم من كل نوع شيئا وفي الرمان لا بد من رؤية الحلو والحامض ولو اشترى دهنا في زجاجة
فرؤيته من خارج الزجاج لا يكفي حتى يصبه في كفه عندابي حنيفة لانه لم ير له من حقيقة لوجود الحايل وعن محمد
يكفي لان الزجاج لا يخفي صوء الدهن وروى هشام ان قول محمد موافق لقول ابي حنيفة وفي التحفة لو نظر الى الراة
قرار المبيع فالوا يسقط خياره لانه ما رآى عينه بل مثاله ولو اشترى سكانية الماء يكفي اخذه من غير اصطباد قراه وقال
قال بعضهم يسقط خياره لانه رآي عين المبيع وقال بعضهم لا يسقط وهو الصحيح لان المبيع لا يرى في الماء حالة بل يرى الكوز ما
هو فهذه الرؤية لا تعرف المبيع واما اذا كان المبيع مغيبا في الارض كالجزر والبصل والثوم والفجل ونحوها ولم يذكر في ظاهر
الرواية وروى بشر عن ابي يوسف ان كان شيئا كالجزر يجوز بعد القلع كالثوم والبصل وبصل الزعفران والسلجم
ان باعه بعد ما بنت نباتا بنفسه وجوده تحت الارض جاز البيع فان قلع البعض هل تثبت له الخيار اذا رضي به يلزم
البيع في الكل ان قلع البايع او المشتري باذن البايع تثبت الخيار له فلو رضي به لزم البيع في الكل لما عرف ان رؤية
بعض الحمل او الموزون كرؤية الكل وان قلعه المشتري بغير اذنه ان كان المقلوع شيئا له بمن بطل خياره في الكل
فلم يكن له اي يرد رضي بالمقلوع او لم يرض وجد في ناحية من الارض قل منه او لم يوجد لان بالقلع صار المقلوع مبيعا
لانه كان حيا ينمو وبعده صار موانا والتغيب في يد المشتري يمنع الرد بخيار الرؤية وان كان المقلوع شيئا لا يتمشى له
لا يبطل خياره لان وجوده كعدمه وان كان شيئا يباع عددا ان قلعه البايع او المشتري باذنه له الخيار وفي الباقي تتفاوت
رؤية بعضه لا يكون كذلك وان قلعه المشتري بغير اذن البايع بطل خياره وهو المختار وقد علي فيه خلاف بين الحنفيين
وبينها فاذكرنا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد رؤية بعضه كرؤية كله وجعلاه كالمكيل والموزون والعدد
المتقارب لان بعضها يستدل في العادة على الكل وان اختلف البايع والمشتري في القلع فقال المشتري اخذ ان قلعته
لا بصنعي وانا انكر على الرد وقال البايع لو قلعته فقد رضيت بقطع انسان بالقلع فان تنازعا فالقاضي القابض منهما
قوله ونظر المبيع الى المبيع مكشوفا يعني الوكيل بالبيع ذكره القاضي المصنف وهو من يقول له الموكل وكلتك ببيعه او وكل وكيلا
على قبضه لنظر المشتري حتى لا يرده المشتري بعد قبض الوكيل وزوبته الامين غيب فلا يكون نظر الرسول كنظر المرسل
والرسول هو من يقول له المشتري قل لفلان يدفع الي المبيع او انت رسولي اليه في قبضه او ارسلتك لقبضه

او امر بك بقبضه وعلى هذا اذا قال اقبضه فاقبضه يكون رسولا وكيلا لانه مما صدمات امر بك وقد قبل لا فرق
بين الرسول والوكيل في فصل الامر بان قال اقبض المبيع فلا يسقط الخيار وبهم من حكى هذا القول فيما اذا قال امراة بادة
الف ميم روى هذا عند ابي حنيفة وقال هما يعني الرسول والوكيل بالقبض سواء يفيد الموكل الذي له خيار ما قبضه
وكيله لا يفيد ما قبضه رسوله واما الوكيل بالشراء فروته يسقط الخيار بالاجماع لما انه توكيل ابي قبل الوكالة بالقبض
دون اسقاط الخيار فلا يملك عن ما يوكل به واذا لم يملكه لا يثبت فعله وصار كخيار العيب والشرط بان اشترى معا
لم يعرفه ثم وكل بقبضه فقبضه الوكيل وهو برىء لا يسقط خيار العيب للموكل وكذا اذا وكل بقبض ما اشتراه
بشرط الخيار فقبضه الوكيل لا يسقط خيار الشرط وصار ايضا كالاسقاط قصدا بان قبضه الوكيل بالقبض مستورا
ثم راه فاسقط للموكل الخيار قصدا لا يسقط وله ان القبض على قبض تام وهو ان يقبضه الوكيل وهو برىء
وانما كان هذا قبضا ناما خيار الموكل لان خيار الرؤية يبطل بهذا القبض وبتا خيار الرؤية يمنع تمام القبض فلا
يبطل بهذا القبض من المشتري كان هذا القبض ناما وناقصا وهو ان يقبضه مستورا واذا كان كذلك كان القبض مع
الرؤية متضمنا لسقوط خيار الرؤية لاستلزامه تمام الصفقة ولا يتم دونه ثم الموكل ملك القبض بنوعيه
فكذا وكيله لاطلاق التوكيل بخلاف ما اذا اسقط الخيار قصدا بان قبضه مستورا انتهى التوكيل بالقبض الناقص فلا
يملك الموكل بعد ذلك اسقاطه لانتفائه والقبض بعد سليمين لم يتم الوكيل مقام الموكل فيما احدهما ان الموكل لو راى
قبل القبض لم يسقط برؤيته الخيار والموكل لو راى ولم يقبض يسقط خياره والثانية لو قبضه الموكل مستورا ثم راه بعد
القبض فابطل الخيار بطل والموكل لو فعل ذلك لم يبطل واجب بان سقوط الخيار بالقبض الوكيل انما نسب صنا تام قبضه
فسبب ولايته بالوكالة وليس هذا بابنا في مجرد رؤيته قبل القبض ونقول بل لحكم المذكور من موكل وهو سقوط خياره اذا راى
اما بنائي على القول بان مجرد مضي ما يمكن به من الفسخ بعد الرؤية يسقط الخيار وليس هو بالصحيح وعين الجواب
الاول بنقل العزق في المسيلة الثانية بانه لم يثبت من القبض الصحيح يثبت بعد انتهاء الوكالة بالقبض الناقص وقوله
وخلاف خيار العيب لانه يثبت مع تمام الصفقة لانه لم يفرق ليتم القبض بل ليسلم الجزء الفايت ضمن وجوده فيها اذا اشترى
ستين وقوله في الكتاب الاسن عيب قال فخر الاسلام يحمل الاسن عيب بل يجعله الوكيل فان كان عليه بحيث ان يبطل خيار البيع
كذا ذكره القنيه ابو جعفر ولم يسلم سلة خيار العيب والصواب عندنا انه لا يملك الوكيل بالقبض ابطال خيار العيب فيكون
معناه علم اولم يعلم وقوله وخيار النظر على هذا الخلاف ليس اخره يعني وخيار الشرط لا مضى فيه قلنا ان تمنعه فيكون على الخلاف
ذكره القدوري وهو رواية الهندواني لان القبض التام لا يحصل بخيار الشرط لان وجوده يحيا رالفسخ لا يتم القبض لخيار الرؤية
بعينه ولان سلم انه لا يبطل بالقبض التام وهو الاصح فالموكل لا يملك التام منه اذا رضينا ان تام كان معه خيار
الفسخ فلا يملكه الوكيل بخلاف الرسول بالبيع والشراء فانه لا يملك شيا بالقبض لان التام والناقص لا نتم لم يوجد بالقبض
بل اداء الرسالة وكذا لا يملك التسليم ايضا وصور الارسال في البيع تقدمت اوايل كتاب البيوع وصور تها بان اراد ان
يقول قل لفلان ابي اشتريت منك كذا وكذا بكذا بعين بكذا **قوله** وبيع الاعمى وشراوه جايز باتفاق الائمة الثلاثة
وقال ان في لا يجوز لانه السلم والشراء في لغة الحجاز وبقصر لاهل نجد وله الخيار اذا اشترى لانه اشترى
مالم يره فيدخل في عموم قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث السابق من اشترى مالم يره فله الخيار اذا رآه وقد
الباب ولان الناس تبايعوا معاملة العميان بيعا وشراء والتعارف بالنكير اصل في الشرع بمنزلة اجماع المسلمين ثم يسقط
خياره بحسه المبيع اذا كان مما يعرف بالحس كالثياب وبشمه اذا كان يعرف بالشم وبذوقه اذا كان يعرف بالذوق وقوله كما
في البصير ظاهر اما في البصير اذا لم ير المبيع ولكن شمه فقط وهو مما يعرف بالشم كالمسك ونحوه فرضي به ثم راى فلا خيار له ولا
يسقط خياره في العقار حتى يوصف له في جامع الفتاوى هو ان يوقف في مكان لو كان بصيرا لراه فتوبد كره صفته ولا يخفى
ان اتيانه في ذلك المكان ليس بشرط في صحة الوصف وسقوط الخيار فلذا لم يذكره في المبسوط واكتفى بذكر الوصف
كما ان الوصف قد اقيم مقام الرؤية كما في السلم ومن انكره الكرخي وقاله وقوته في ذلك الموضع وعنه سوى فانه لا يشتبه
عليه ومن انه يوصف انه اذا وقف في مكان لو كان بصيرا لراى العقار كذا قالوا رضيت سقط خياره لان الشيء يقام
مقام الحقيقة في موضع التحرز كتحريك الشفتين مقام القراءة للاخرس واجراء الموسى على راس من لا شعر له في الاحلال من

الاحرام

على الخلاف اذا الفسخ يكون الاختلاف بعد هلاك احدهما فانه للمقبوض فالقول فيه قول القابض كان صاحبنا او امينا فالقابض
والموضوع على ان الفسخ بالعيب لا ينفرد المشتري بفسخه ولكنه يدعي ثبوت حق الفسخ في الذي احضره والبايع ينكره وقوله
اذا بعدت المدة استدبنا من قوله التكميل قول البايع الا ترى انه لو طلب المدة على ما قاله لرايت الشيخ كانا الظاهر
شاهد للمشتري اذ الظاهر انه لا يبقى التي في دار التغير وهي الدنيا زمانا طويلا لم يطرقه قال محمد رحمه الله ارايت لو
راى دارية ثم استراها بعد عشر سنين او عشرين وقال تغيرت اكنت تصدق بل يصدق كان الظاهر شاهدا له قال
شمس الائمة الصدر الشهيد والامام المرغيناني فنقول ان كان لا يتفاوت في تلك المدة غالبا فالقول للبايع وان كان
التفاوت غالبا فالقول للمشتري مثاله لو راى دابة او مملوكا فاشتراه بعد شهر وقال تغير فالقول للبايع كان
الشهر في مثله قليل قوله ومن اشترى عدلا طرحا لم يرها ونفضه فباع ثوبا منه او وهبه وسلمه ثم راى البائع ليس له ان يرد شيا
من الاشياء من عيب وكذا لو اشترى العدل المذكور على ان له الخيار ثلاثة ايام وهو شرط الخيار والبائع حاله اعني فباع بعضا او وهبه
سقط خياره في البائع وليس له ان يرده بخيار الشرط بل ان اطلع على عيب وهذا لانه تعذر الرد فيما اخرجه عن ملكه فلو رد
البائع فقط كان تفريقا للصفقة على البايع قبل التمام لما مر من قيام خيار الرؤية والشرط ومنع تماما ان كان بعد القبض
كلاني خيار العيب فان الصفقة تتم معه بعد القبض وفيه اي في المقبوض وضع المسالة لانها لو لم تكن متفقة لم تم بيع صورتها
اذ لا يصح بيع ما لم يقبض وهبته والا لو كان قبل القبض كما تنا الخيارات كلا سواء وهو انه لا يرد احدهما بل يردهما بخيار الرؤية
ان شاء ولا يصح حينئذ قوله لانه اذا اشترى شيئين ولم يقبضهما حتى وجد باحدهما عيبا لا يرد المعيب خاصة
بل يردهما ان شاء لا يقال في عدم رد البائع عند رد ثوبه ترك العمل بحديث الخيا والحديث انهى عن تفريق الصفقة انه متروك
الظاهر فان تفريقا جايز بعد تمامها وحديث الخيار اقوى قلنا لم نقل بعدم رده مطلقا بل قلنا اذا رده يرد معه الاخر فوفينا
شرط الخيار الرد عملا بحديث الصفقة ليكون عاملين بالحديثين بما جمعنا بينهما والعدل المثلي والمراد هنا الغرارة التي تسع
عدل غرارة اضرب على الجمل ونحوه اي يعادلها وفيها ابواط والربط في المغرب جبل من الهند يتسبب اليها الثوب
الزطية وقيل جيل بسواد العراق وذكر الضمير في قوله فباع منه على لفظ العدل تعرانثه في قوله لم يرد شيا
مما على معناه فكان نظير قوله تعالى وكم من قرية اهلكناها فجاءها باسنا بيانا او هم قايلون هذا ولو عاد الثوب
الذي باعه من العدل او وهبه الى المشتري بسبب هو فسخ محض كالرد بخيار الرؤية او الشرط او العيب بالقضا
او الرجوع في الهبة فهو اي المشتري للعدل على خيار الرؤية فله ان يرد الكل حينئذ بخيار الرؤية لارتفاع
المانع من الاصل وهي تفريق الصفقة كذا ذكره شمس الائمة السرخسي وعن ابي يوسف وهو رواية عن ابن الجعد
عنه اي خيار الرؤية لا يعود لان الساقط لا يعود كخيار الشرط لا بسبب جديد وصححه قاضيخان وعليه اعتماد
العدد وربما وحقيقة الخلاف مختلف فشمس الائمة لحظ البيع والهبة ما نفذا زال فيعمل المقتضي وهو خيار الرؤية
عمله ولحظ على هذه الرواية ساقطا واذا سقط لا يعود بلا سبب وهذا وجه ان نفس التصرف يدل على الرضى ويبطل
الخيار قبل الرؤية وبعدها والله اعلم **باب خيار الرؤية** تقدم وجه ترتيب الخيارات
والاضافة في خيار العيب اضافة الشيء الى سببه والعيب والعيبة والعاب بمعنى واحد يقال عاب المتاع
اذا صار ذا عيب وعابه زيد يعيبه ويعتدي فهو معيب ومعيوب ايضا على الاصل والعيب ما خلوا عنه اصل
الفطرة السليمة مما يوجد به ناقصا قوله واذا اطلع المشتري على عيب في المبيع ولم يكن شرط البراة من كل عيب
فهو بالخيار ان شاء اخذ ذلك المبيع بجميع الثمن وان شاء رده هذا اذا لم يتمكن من ازالته بلا مشقة فان تمكن حلا
كالحرام الجارية فانه يسيل من تحليلا او نجاسة الثوب وينبغي حمله على ثوب لا يفسد بالغسل ولا ينقص وانما
ثبت له هذا الخيار لان مطلق العقد وهو ما لم يشترط فيه عيب ينتفي وصف السلامة فعند فواته تتخير بيان
الاول لان المنقول والمعنى اما المنقول فما علقه البخاري حيث قال وذكر عن العدا بن خالد قال كتب لي النبي صلى الله
عليه وسلم هذا ما اشترى محمد رسول الله من العدا بن خالد بيع المسلم المسلم لا داء ولا خبثة ولا غايلة ثم قال البخاري
وقال قتادة الغايلة الزنا والسرقة والاباق وروى ابن شاهين في المعجم عن ابيه قال ثنا عبد العزيز بن معوية
القرشي قال حدثنا عبد الحميد بن وهب ابو وهب قال قال لي العدا بن خالد بن هودة الا اقرئك كتابا كتبه

لي رسول الله صلى الله عليه وسلم عبدا او امة لا داء ولا غايلة ولا خبثة بيع المسلم المسلم وفي هذا ان المشتري العبد
او في الاولى انه النبي صلى الله عليه وسلم وصح في الغرب ان المشتري كان العدا وتعليق البخاري انما يكون صحيحا اذا لم يكن
بصيغة التمريض لبعد تعريبل بخو قوله وقال معاذ لاهل اليمن في قوله صلى الله عليه وسلم بيع المسلم المسلم دليل على ان بيع
المسلم المسلم ما كان سليما ويدل عليه قضاؤه عليه السلام بالرد فيه على ما يجيء سنن ابي داود بسنده الى عايشة ان رجلا
ابتاع غلاما فعمره ما شا الله ان يعيش ثم وجد به عيبا فخاصمه الى النبي صلى الله عليه وسلم فرده عليه فقال الرجل يا رسول الله
قد استغل غلامي فقال عليه السلام الخراج بالضمان وفسر الخطابي الرايما يكون بالرفيق من الاداوي التي تزوج كالجونة
والحزام ونحوها والخبثة ما كان خبيث الاصل مثل ان نسبي من له عهد فيقال هذا سبي خبثة اذا كان ممن يحرم سبيه وهذا
سبي طيبة يوزن خيره صدقه غايلة ما يغتال حتفك من حيلة وما يدلس عليك في المبيع من عيب وتغرير بالدواء يوافق
تفسير ابي يوسف له واما ابو حنيفة ففسره فيما رواه الحسن عنه بالمرض في الجوف والكبد والرية وفسر ابو يوسف
الغايلة بما يكون من قبيل الافعال كالاباق والسرقة وهو قول الزمخشري الغايلة الخصلة التي يغول الناس اي يهلكه
من اباق وغيره والخبثة هو الاستحقاق وقيل هو الجنون واما المعنى فلان السلامة لما كانت الاصل في المخلوق انصرف
مطلق العقد اليها وكان المقتضى ان العقد اما هو تحقق من كل وجه كان دفع الحاجة على التمام به يكون والناقص معدوم
من وجه فلا يتصرف اليه الا بذكره وتعيينه ولما كان القصد الى السالم هو الغالب صار كالمشروط فيتخير عند فقده
كيلا يتضرر بالتزام ما لم يرض به قوله وليس له ان يمسكه وبأخذ النقصان اي نقصان العيب وبه قال ان في ظاهر
الحديث ما يدل على ان الخيار ثبت لدفع الضرر عن المشتري فلا تحقق على وجه يوجب ضررا على الآخر من غير التزام له والبايع
لا يلتزمه لانه حين باعه بالمسمى لم يرض بزواله عن ملكه الا به وان كان معيبا وهذا لان الظاهر معرفته بالعيب فانزل
عالما به لطول ممارسته له في مدة كونه في يده ولكن ابا حنيفة انزل العالم على انه اذا باعه على انه معيب فوجده سليما
لا خيار له ولا يقال انه مارض بالثمن المسمى الا على اعتبار انه معيب فلا يكون راضيا به حين وجده سليما لانه انزل
عالما بوصف السلامة فيه فحين باعه بالمسمى كان راضيا بالثمن على اعتباره سليما فلا يرجع بشيء لما جعل عالما بالعيب
فانزل غير راض فيه معيبا الا بذلك الثمن فلا يرجع عليه بشيء بل يتخير في اخذه به او رده فان ذلك يعتدل النظر
من الجانبين فيدفع ضررا لم يلتزمه واحد منهما به فهذا الوجه هو الاوجه وذكر للصنف قبله قوله لان الاوصاف
لا يقابلها شيء من الثمن مجردا العقد فليس له ان يأخذ بمقابلة فواته شيا وهذا لان الثمن عين انما يقابله
مثله والوصف دونه فانه عرض لا يحرز بانفراده فلا يقابل به الا بشعا لمعروضه غير منفرد عنه وقوله
مجردا العقد احتراز عما اذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة كالوضرب البايع الرواية فتثبت فان الوصف
حينئذ يفرد بالضمان ويتخير المشتري ولذا اذا قطع البايع يد المبيع قبل القبض فانه يسقط نصف الثمن لانه
صار مقصودا بالتناول او حكما بان امتنع الرد لحق البايع كان تعيب عند المشتري كعيب اجراه لحق الشرع بان جنى
جناية ولذا قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه وخرقه لبسا ثم ظهر له عيب لا يرده لان تلك الزيادة التي اتلفها اوجبت
لانها اتبع محض فرع لو صالح المشتري البايع عن حق الرد بالعيب على مال يجوز وبه قال مالك والشافعي في وجه
وفي وجه لا يجوز والاتفاق على عدمه في خيار الشرط والرؤية قوله ولما اوجب نقصان الثمن الذي اشتري به
في عادة التجار فهو عيب وهذا ضابط العيب الذي يرد به وهذا لاثبوت الرد بالعيب لتضرر المشتري وما يوجب
نقصان الثمن يتضرر به والمرجع في كونه عيبا اهل الخبرة بذلك وهم التجار وارباب الصنايع ان كان المبيع من
المصنوعات وهذا قال الائمة الثلثة وسوا كان ينقص العين او لا ينقصها او ينقص منافعها بل مجرد النظر اليها
كالظفر الاسود والصحيح العربي على العمل كما في جارية تركيبه لا تعرف لسان الترك قوله والاباق والبول في الفراش
والسرقة عيب في الصغير ما لم يبلغ معنى مدة عدم بلوغه بحر ويجري البدل من الصغير واذا كان ذلك عيبا في الصغير
فظهرت عند البايع ثم وجدت ايضا عند المشتري في الصغر له ان يرده به ثم قال العتابي فاذا بلغ فليس ذلك
بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ وقد اعطى المصنف معنى هذه الجملة حيث قال ومعناه اني بمعنى قوله فاذا بلغ
الى آخره وحاصله انه اذا ظهرت هذه عند البايع في صغره ووجد عند المشتري بعد البلوغ لم يرده به لانه غير

ذلك الذي كان عند البايع وسنه وان يجب هذه الاشيا تختلف الصغر والكبر فالبول في الفراش للصغر لصغر المثانه وبعد الكبر لداء في البطن والاباق في الصغر لحب اللعب والسرقة في الصغر لقلة المبالات وبعد الكبر حيث في الباطن فاذا اختلف سببها بعد البلوغ وبعده كان الموجود منها بعد غير الموجود منها قبله واذا كان غيره فلا يرد به لانه عيب حادث عنده خلاف ما اذا ظهرت عند البايع والمشتري في الصغر او ظهرت عند ما بعد البلوغ فان له ان يرده بها واذا عرف الحكم وجب ان يقرر اللفظ المذكور في المختصر وهو قوله فاذا بلغ فليس ذلك الذي كان قبله عند البايع بعيب اذا وجد بعده عند البايع واكتفى بلفظ المعاوده كان المعاوده لا تكون حقيقه الا اذا اتحد الامر لانه لا يقال عاد زيد فيما اذا ابتدا غيره فعرض تحقق المعاوده بعد البلوغ يوجب وجوده منه قبل ذلك بعد البلوغ ايضا والا فلا معاوده وقوله ليس بعيب اي يرد به وقوله والمراد من الصغير الى اخره تقييد للصغير الذي ذكر انه اذا وجد منه شئ من هذه الامور عند البايع والمشتري يرد بان يكون صغيرا يعقل واما الصغير الذي لا يعقل فهو اذا فعل ذلك لا يكون بوله وسرقته عيبا فالى الايضاح السرقه والبول لا يعقل ما يعمل وبعد ذلك عيب ما دام صغيرا وكذا روى ابو يوسف في الامالي عن ابي حنيفه - وفي بعض المواضع وليستنجي وحده اذا قدر على حد وما قدر به في الصغير اقتضى ان يكون بن تسع سنين اذا صار رمنه فذلك لا يرد به لانهم قدروا الذي وجده الى اخره بذلك لكن وقع التصريح في غير موضع بتقديره بما دون خمس سنين وفي الفوايد الظهيريه وهنا مسئله عجيبه وهي ان من استرى عبدا صغيرا فوجده يبول في الفراش كان له الرد ولو بعيب اخر عند المشتري كان له ان يرجع بالنقصان فاذا رجع به ثم كبر العبد هل يسترد النقصان لزوال ذلك العيب بالبلوغ كما روايه فيما قال وكان ولدي يقول ينبغي ان يسترد لانه عيب تام اذا اشترى جارية فان زوج كان له رد ها ولو تعيب بعيب اخر وجع بالنقصان فاذا رجع ثم برى بداوا به لا يسترد والبلوغ صنا كا بالمداواة فينبغي ان يسترد انتهى وفي فتاوى قاضي خان اشترى جارية وادعى انها حايض واسترد بعض الثمن بقرحات قالوا ان كان البايع اعطاه على وجه الصلح على العيب كان للبايع ان يسترد ذلك وفيها ايضا اشترى عبدا وقبضه فجا عبد وكان بحر عند البايع قال الامام ابو بكر محمد بن الفضل المسئله محفوظه عن اصحابنا انه ان حدث في الوقت الذي كان يجب ان يرده او في غيره فلا قيل له فلو اشتري ايضا فنزت عند المشتري وقد كانت تنزو عند البايع قال لم يرد كان سبب النزو واحد وهو تسفل الارض وقرب الماء الا ان يجيء غالب او كان المشتري رفع من ترابها فيكون النزو غير ذلك او يشتبه ولا يدري انه عينه او غيره قال القاضي الامام ركل ما في الزيادات اشترى جارية بيضا امرد العينين ولا يعلم ذلك الجاني البياض عنده ليس له ان يرد وجعل الثاني غير الاول ولو اشترى جارية بيضا امرد العينين وهو يعلم وبذلك فلم يبيض حتى تجلى ثم عاد عند البايع ليس للمشتري الرد وجعل الثاني عين الاول الذي رضي به اذا كان الثاني عند البايع ولم يحمله عينه اذا عاد البياض عند المشتري وقال لا يرد ثم قال القاضي الامام كنت اشاور شمس الائمه الحلواني وهو رضي وهو فيما كان مشكلا اذا اجتمعنا فتاوره في هذه المسئله فيما استفدت منه فردا قوله والجنون عيب ابدا هذا لفظ محمد رحمه الله فالجنون في الصغر في يد البايع ثم عاوده في يد المشتري في الصغر او في الكبر يرده لانه عين الاول لان السبب للجنون في الحال الصغر والكبر متحد وهو فساد الباطن اي باطن الدماغ فهذا لفظ ابد المذكور في لفظ محمد وليس معناه انه لا يشترط المعاوده للجنون في يد المشتري كما ذهب اليه طايفه من المشايخ فاثبتوا حق الرد بمجرد وجود الجنون عند البايع وان بجز عند المشتري فان هذا غلط لان الله تعالى قادر على ازالته بازالة سببه وان كان قليلا يزول وقد تحققنا كثيرا من النساء والرجال جنوا ثم عرفوا بالمداومة فاذا لم تعاوده حايز كون البيع صحيحا بعد ازالة الله سبحانه وتعالى هذا الدواز وال العيب فلا يرد بلا تحقق قيام العيب فلا بد من معاوده الجنون وهذا هو الصحيح وهو المذكور في الاصل في الجامع الكبير واختاره الاسبيجابي قال محمد بعد قوله اذا جن مره واحده فهو عيب لا زم ابدا

باسطر

باسطر وان طعن المشتري بالجاق او جنون وابلغ القاضي ذلك فاجازه لا يستحلف البايع حتى يشهد شاهدان انه قد ابق عند المشتري او جن صح بالمعاوده في الجنون وهذا خلاف ما اذا ولدت الجارية عند البايع ثم اتت به

بل ينبغي ان يدعي بامر آخر يثبت به العيب ليتحول الى البراءة حتى تقبل دعواه لان الانقطاع بدونها لا يعد عيبا والمرجع في الجبل الى
قول النساء في الداء قول الاطباء والعيب قول الاطباء حتى تسمع الاطباء البائع الا ان يتفق منهم على خلاف
العيب الذي يطلع عليه الا النساء فانه يقبل في توجيه الخصومة قول امرأة واحدة وكذا في الجبل وفي الكافي نص على
الاكتفاء في العرض الباطن بقول طبيب عدل ولا يشترط العدد ولفظه الشهادة وهكذا نص عليه الشيخ ابو المعين في شرح
الجامع الكبير وهو وجه لانه لتوجيه الخصومة لا للرد وفي التحفة اذا كان العيب باطنا مما يعرفه الاخواص كالاطباء والخاتنين
فان اجتمع عليه مسلمان او قال مسلم عدل قبل وثبت العيب في اثبات حق الخصومة وفي فتاوى قاضي خان انا اخذ بذلك وأحد
ثبت العيب في حق الخصومة والدعوى تم يقول القاضي هل حدث عندك هذا العيب فان قال نعم قضى عليه بالرد وان انكر وقامت
عليه استحلف لما سنذكره وتعتبر في الارتفاع الموجب للعيب افقى غاية البلوغ وهو ان يكون سنها تسع عشرة سنة عند
ابي حنيفة ويعرف ذلك اي الارتفاع والاستمرار بقول الامة لانه لا طريق له الا ذلك فان انضم اليه قولها تكول البائع اذا
استحلف قبل القبض او بعده في الصحيح ردت واعتبر بقوله في الصحيح عملا بما روي عن ابي يوسف انها تردد قبل القبض بقولها
مع شهادة القابلة وعما عن محمد اذا كانت الخصومة قبل القبض يفسخ بقول النساء وجه الصحيح ان شهادتهن حجة ضعيفة
فلا يحكم بها الا عند وهو نكول البائع ثم ذكر في الآية في صفة الخصومة فرق ذلك ان المشتري اذا ادعى انقطاع الحيض والقاضي
يقطعه يسأله عن مدة الانقطاع فاذا ذكر مدة قصيرة لا يسمع دعواه وان ذكر مدة مديدة سمعت والمديدة روي عن ابي يوسف
مقدرة بثلاثة اشهر وعن محمد باربعة وعن ابي حنيفة وزفر بسبعين وعادة النساء في المديدة قصيرة فان كان القاضي مجتهدا اخذ بما
اداى اليه اجتهاده والا اخذ بما اتفق عليه اصحابنا وهو سنتان واذا سمع الدعوى يسأل البائع اهي كما يدعي المشتري فان قال نعم
رد على البائع بالتماس المشتري وان قال هي كذلك للحال وما كانت كذلك عندي توجهت الخصومة على البائع لتصادقهما
على قيامه للحال فان طلب المشتري يمين خلفنا البائع فان حلف برئ فان نكل ردت اليه وان شهد للمشتري شهود لا يقبل
شهادتهم على الانقطاع وتقبل على الاستحاضة لانها مما يمكن الاطلاع عليه والعيب الذي بعد عيبا وان انكر البائع
الانقطاع في الحال قيل يستحلف عند ابي حنيفة لا وعندهما يستحلف وهذا اشبه واعز بتقرير الكتاب واما نوفق بتقرير الهداية
ما نقله صاحب النهاية عقيب ما ذكرهنا اذا ذكر عن فتاوى قاضي خان اشترى جارية فقبضها فلم تحض عند المشتري شهرا
او اربعين يوما فان القاضي الامام ارتفاع الحيض عيب وانه شهر واحد اذا ارتفع هذا القدر عند المشتري كان له
ان يردها اذا ثبت انه كان عند البائع انتهى وهذا لا يشترط ثلاثة اشهر ولا اكثر وينبغي ان يعول عليه وما قدر
فلان بينها في استبراء مدة الظهر فعند ابي حنيفة وهو قول زفر سنتان وعند ابي يوسف ثلاثة اشهر وهو قول كما روى
عنه وهو قول محمد اربعة اشهر وعشر وفي رواية عن محمد شهران وخمسة ايام وعليه الفتوى والرواية
هنا لكن ليستند عن ذلك الاعتبار فان الوطي صنع شرطا الى الحيضة لاحتمال الحبل فيكون ساقيا ماء زرع غيره فقدره
ابو حنيفة وزفر بحيضتين لانه اكثر مدة الحبل فاذا مضتا ظهر اشغاله فجاز وطؤها وهو القياس وقدره ابو
حنيفة ومحمد في رواية باربعة اشهر وعشر لانها اعتبرت بعدة المتوفى عنها وكان فيها يظهر الحبل غالبا لو كانت حاملا
وقدره ابو يوسف بثلاثة لانها حيضة عدة لا تحيض والحكم هنا ليس الا كون الامتداد عيبا فلا يتجه اباطته بحيضتين
او غيرهما من المدد لان كونه عيبا باعتبار كونه يؤدي الى الداء وطريقنا اليه وذلك لا يتوقف على مضي مدة معينة
مما ذكروه بما ذكرنا ظهر انه لا يحتاج في دعوى الرد به الى ان يعين انه حبل او داء في الدعوى فان كونه عيبا باعتبار كونه
مفضيا الى الداء لا لكونه عن ذاته يتقدم عليه فلذا لم يتعرض الفقيه النفس فاضي خان باذكر من تعيين كون الانقطاع
عن احدهما بل اذا ادعى الانقطاع في اوانه فقد ادعى العيب ويكفي شهر واحد لانه به يتحقق الانقطاع في اوانه
وهو العيب لانه ان كان في الواقع مسببا عن داء فهو عيب او طريق اليه فكذلك فيكفي في الخصومة ادعاء ارتفاعه
فقط وهو الذي يجب ان يعول عليه والا فقلما يظهر للطبيب داء ممتده الظهور وكثيرا ما يكون الممتد ظهورها
شهرين وبلغه صحيحة لا يظهر بها وهذا هو ظاهر الهداية الاتي في قوله ويعرف ذلك بقول الامة ولذا قال الامام
العتابي وغيره انما يعرف ذلك عند المنازعة بقول الامة لانه لا يتوقف على ذلك غيرها فلو كان اعتقاده لزوم
دعوى الداء والحبل في دعوى عيب الانقطاع لم يتصور ان تثبت بقولها عند توجه اليمين على البائع بل لا يرجع

الا الى قول الاطباء والنساء فظهر ان ما ذكر في الغاية من لزوم دعوى الداء والحبل في دعوى انقطاع الحيض ثم انه محتاج الى توجيه
الخصومة الى قول الاطباء والنساء تقرر بما في الكتاب بل ما ذكره مشايخ آخرون تقلب على النظر خطأ وبهم ولذا ما ذكره
غيره من جعل هذه وان المشتراة بكرا على قول ابي حنيفة وابي يوسف انه اذا قال المشتري ليست بكرا وقال البائع
بكر في الحال فان القاضي يريها النساء فان قلن هي بكر لزم المشتري من غير يمين البائع كان شاهدا بهن ما ثبت بمو بدهو ان الاصل
البكارة وان قلن هي ثيب لا تثبت حق الفسخ بشهادتهن فيحلف البائع لقد سلمها بحكم البيع وهي بكر ان كان بعد القبض
وان كان قبله حلف انها بكر غير موافق لان العيب هنا يوجب حق الخصومة بمجرد قولها حتى يتوجه عليه اليمين وينقض بالنكول
على ما في الكتاب والعتابي وغيرهما وفي البكارة لا بد من رؤية النساء وكيف وما طريق لنا الى استعلام الانقطاع على قولها
خلاف البكارة لها طريق تستعلم به فلا يرجع في قولها الى قولها واذا عرف هذا تعلم ان قول المصنف هو الصحيح وان كان احتراز
عن قول ابي يوسف انها ترد قبل القبض بقولها مع شهادة القابلة وما ذكرنا عن محمد فغير مناسب فان ما عن ابي يوسف
ومحمد في ذلك انما هو في دعوى البكارة والرق والجنون وقياس هذه على ما غير صحيح اذ لا يعرف ذلك الا من النساء وقول
النساء هنا انما ينقطع الحيض غير معتبر فقد ذكروا ان الشهادة على الانقطاع الكائن عيبا لما يقبل انه يطلع عليه وترتب
الخصومة على ما في الهداية وفاضي خان والعتابي وهو صحيحنا ان يدعي الانقطاع في الحال وجوده عند البائع فان
اعترف البائع بها ردت عليه وان انكر وجوده عنده واعترف بالانقطاع في الحال استحلف بالله ما وجد عنده فان نكل ردت عليه وعلى هذا قول المصنف نزد اذا انضم اليه
نكول البائع ولو اعترف بوجوده عنده وانكر الانقطاع في الحال فاستحلف فانكرت الانقطاع والعرض قبل عليه
سنه وسئل المشتري بينه فقد صرح في الغاية بما فدمناه من انه اذا انكر الانقطاع في الحال استحلف عند ابي
حنيفة ولا يستحلف عندهما وجب كون الاستحلاف على العلم بالله ما يعلم انها استقطعت عند المشتري فان نكل اتجهت الخصومة
وان حلف تعذرت ولعرى فلما حلف لذلك الا وهو بار وسئل عن العلم بانها عند المشتري لم تحض وكان المذكور في الغاية
مبنيا على ما ذكره هنا في الصورة الخصومة واما على ما في الهداية فان القول قوله في الانقطاع ويكفي بحيضة فيه ايضا وهذا
تعداد للعيوب عدة الجارية عن طلاق رجعي لا عن بائن والنكاح عيب فيها وكثرة الشعر اذا لم تحت
حيث تضرب الى البياض وكذا الشيب لانه في غير اوانه دليل له وفي اوانه دليل الكبر والعنان ان لا يصير ايلا والسن
الساقط ضرسا او غيره وسواده وسواد الظفر والعسر وهو ان يعمل بيساره ولا يستطيع العمل بيمينه كالاعسر يسير وهو ان يعمل بهما فانه زيادة حسن والعسر وهو يبوسة الجلد وتشنج في الاعضاء والغرب وهو ورم
في المآقي وربما يسيل منه شيء فيضر صاحبه كصاحب الجرح السايل والحول والحوص نوع منه والسنن وهو انقلاب
الجفن وبه سمي الاشتر والظفر وهو بياض يبدو في انسان العين وحبب العين وضبرها والسعر والقبل في العين
ومنه قول الشاعر يصف جملا تراهن يوم الحوا الردع كالحدا القبل والمآق العين والسبل والسعال الغرم اذا كان
عن دانا ما الغذاء المعتاد منه ملاء العزل وهو ان يعزل ذنبه الى احد الجانبين والمشش وهو ورم في الدابة
له ملابة والقرع وهو اعوجاج في مفاصل الرجل والفخج وهو تباعد ما بين القدمين والصكك وهو ملك احدى كتبيه
بالاخرى والرتق القرن والعقل وهو امتلاء الفرج والسلعة والقروح واثارها والرحص وهو ورم يكون بباطن
حافر الفرس والحمار والخنث وهو ميل كل من اعالي الرجل الى الاخرى قال الحداني الاعرابي الاخف الذي عشي على ظهر قدميه
وتناثر شعر الراس والصدغ النواحي اصل العنق وقيل ميل في البدن والسدق سمنة معترضة في الفم والحبب قيل اذا
فحش او كان باتي بافعال رديه والحمق وكونها مغنيه وشرب الغلام وترك الصلاة وغير ذلك من الذنوب وقلة الاكل في
البرق ونحوها وكثرة في الانسان قيل في الجارية عيب لا الحاق ولا شك انه لا فرق اذا فرط وعدم السيل في الدار
والشرب في الارض وكذا ارتفاع البحث لا التي لا باس بكسر وكون الجارية محترفة الوجه لا يدري جنسها من قبحها
خلاف ما اذا كانت ذميه او سوداء والقارئة في الدواب ان كان كثيرا فاحشا وكذا اكل العذار والجموح والامتناع
عن التحجيل وكذا الحرن عند العطف والسير وسيلان اللعاب على وجه سل الحلاة اذا علق عليه وفاد وكثرة التراب في الحنطة
يرد به بخلاف ما اذا كان معتادا ليس له ان يميز التراب ويرجع بحصته وكذا الواشتري خنا او مكعبا للبس فلم يدخل

رجله فيه فهو عيب ولو باع سويقا ملتوتا علم ان فيه كذا من السمن او لبيضا علم ان فيه عشرة اذرع والمشتري ينظر اليه
وظهر خلافه فلا خيار له **قوله** واذا احدث عند المشتري عيب بافة سماوية او غيرها ثم اطلع على عيب كان عند البايع
فله ان يرجع بنقصان العيب وليس له ان يرد المبيع لان الرد اضرار بالبايع لانه خرج عن ملكه سالما فلو الزمناه به معيبا
تضرر وانما يدفع الضرر عن المشتري فتعين الرجوع بالنقصان الا ان يرضى البايع ان ياخذه بعيبه الحادث عند المشتري
فله ذلك لانه رضي بالضرر وما كان عدم الزامه المبيع الا لدفع الضرر عنه فاذا رضي فقد اسقط حقه اللهم الا ان يمنع اخذه
اياه حق الشرع بان كان المبيع عصيرا فتخمر عند المشتري ثم اطلع على عيب فانه لو اراد ان يامره بعيب لا يمكن من ذلك
لما فيه من تمليك الخمر وملكها ومنهما من ذلك حق للشرع فلا يسقط بتراضيهما على اهداره كما لو تراضيا على بيع الخمر وشرائها
فان قيل ينبغي ان يرجع جانب المشتري فيرجع بالنقصان وان يرد المبيع لانا لم نسلم ان البايع ظلم فلانه سلم
المعيبة الصادرة عنه لا يمنع عصمة ماله كما لو غاب افاعمل في الثوب المغصوب الخياطة او الصبغ بالحمرة لان الظالم لا يظلم والضرر
عن المشتري يندفع باثبات حق الرجوع بحصة البيع فان قيل فقد تقدم ان الاوصاف لا حصة لها من الثمن بانفرادها اجيب
بانها اعتبرت اصولا ضرورة جبر حق المشتري والا لهدر ما صبرت اصولا بالقصد من اتلافها وكلما رجع بالنقصان فمعناه ان
يقوم العبد بالعيب مع العيب وينظر الى التفاوت فان كان مقدار عشر القيمة رجع بعشر الثمن وان اقل او اكثر هذا الطريق
ثم الرجوع بالنقصان انما يمنع الرد بفعل مضمون من جهة المشتري اما اذا كان بفعل من جهته كذلك كان قبل المبيع او باعه
او وصبه وسلمه او اعتقه على مال او كاتبه ثم اطلع على عيب فليس له ان يرجع بالنقصان وكذا اذا قتل عند المشتري لانه لما
وصل البدل اليه صار كانه ملكه من الغاية بالبدل فكان كما لو باعه ثم اطلع على عيب لم يكن له حق الرجوع ولو امتنع الرد بفعل
غير مضمون له ان يرجع بالنقصان ويرد المبيع **فرع** لا يرجع بالنقصان اذا ابق العبد مادام حيا عند ابي حنيفة
وبه قال ان في كان الرد موهوما فلا يصار الى خلفه وهو الرجوع بالنقصان الا عند اليأس من الاصل وعن ابي يوسف يرجع
لتحقق العجز في الحال والرد موهوم وهو ايضا رضي الموجود **قوله** ومن اشترى ثوبا فقطعه بعني ولم يخطه ثم وجد به عيبا
رجع بالعيب لانه امتنع الرد بالقطع لانه عيب حادث حال قال البايع انا اقبله كذلك اي مقطوعا كان له ذلك كان الامتناع
ان امتناع رده لحقه وقد رضي به اي برده معيبا فزال المانع فان باعه المشتري اي بعد القطع بعد علمه بالعيب او قبله
لم يرجع حتى لم الرد لم يمنع بالقطع برضا البايع لحق باعه مع عدم امتناع رده مقطوعا صار هو بالمبيع بالعيب فان كان المشتر
قطع الثوب وخاطه اي صبغه احمر او كان المبيع سويقا فلته لسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه لانه امتنع الرد بسبب
الزيادة المتصلة وانما امتنع لانه لا رجوع للصبغ في الاصل اعني الثوب بدونها كما الصبغ مثلا والخياط والسمن لانه لا ينفك عنه
والحاصل ان الزيادة ليست مبيعة والصبغ لا يرد عليه غير المبيع لانه رفع ما كان من المبيع فيبقى ما كان المبيع والثمن على ما كان فلم
ورد على الزيادة لزم الربوا فان الزيادة تصير كالمعدومة في عقد المعاوضة بل يقابل وهو معنى الربا او شبهته ولشبهة
الربا حكم الربا فلا يجوز فامتنع اصلا وليس للبايع ان يأخذه وان رضي المشتري بترك الزيادة لان الامتناع لم يتمحض لحقه
بل لحقه وحق الشرع بسبب ما ذكرنا من لزوم الربا ورضاه باسقاط حقه لا يتعدى الى حق الشرع بالاسقاط وان امتنع الرد
بالصبغ فان باعه المشتري رجع بالنقصان لان الرد لما امتنع لم يكن المشتري حبسه حابسا له عن البايع وعلى هذا الاصل وهو ان الرد
اذا كان ممكنا فاخرجه عن ملكه لا يرجع بالنقصان لانه حابس وان كان مع عدم امكانه يرجع لانه غير حابس فلنا من
اشتري ثوبا فقطعه لبسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان لان التمليك من الابن الصغير حصل
بمجرد القطع للعرض المذكور قبل الخياطة مسلما اليه وهو نائبه في التسلم فصار به حابسا للمبيع مع امكان الرد والخياطة
بعد ذلك وجودها وعدمها سواء فلا يرجع بالنقصان ولو كان الولد كبيرا او البائع بحاله رجع بالنقصان لانه لم يصر مسلما اليه
لانه بعد الخياطة فكانت الخياطة على ملكه وكان امتناع الرجوع بسبب الزيادة التي هي الخياطة قبل اخراجه عن ملكه فبعد
ذلك لا يتفاوت الحال بين ان يخرج عن ملكه بالبيع او الهبة او في حوار الرجوع بالنقصان وهو معنى ما في العوايد الظهيرية
من ان الاصل في جنس هذه المسايل ان كان مرضا كيون المبيع فانيا على ملك المشتري ويمكنه الرد برضا البايع فاخرجه عن ملكه
يرجع بالنقصان انتهى وهذا وجه اخر في الزيادة اللاحقة بالمبيع الزيادة متصلة ومنفصلة فكل منهما ضربان فالمتصلة
غير متولدة من المبيع كالصبغ والخياطة والتلت بالسمن والعرسر والباقي وهو مانع الرد بالعيب بلا نقصان خلافا للشافعي

واحد

واحد ولو قال البايع انا اقبله كذلك ورضي المشتري لا يجوز لما ذكرنا من حق الرجوع الربوي ومن المتصلة غير المتولدة مالو
كان منه قطعا او لحاما شواه او دقيقا فخبزه فلو باعه بعد ذلك يرجع بالنقصان لانه ليس بحابس للمبيع بل امتنع قبل
المبيع لحق الشرع وفي كون الطحن والشي من الزيادة المتصلة بامل والمتولدة من الاصل كالسمن والحمل والخلاف بين العرض لا منع
الرد بالعيب نفي ظاهر الرواية لتمحضت بيعا للاصل بتولدها منه مع عدم انفصالها فكان الفتح لم يرد على زيادة
اصلا والمنفصلة المتولدة منه كالولد واللبن والثمر في بيع الشجر والارض والبقر وهي تمنع الرد لتعذر الفتح عليها كما لا تعقد
لم يرد عليها ولا يمكن التنبيه للانفصال فيكون المشتري بالخيار قبل القبض ان شاء رضي بها بجميع الثمن وابا بعد
القبض فيرد المبيع خاصة لكن يخصه من الثمن بان يقسم الثمن على قيمته وقت العقد وعلى قيمة الزيادة قبل القبض
فاذا كانت قيمته الف وقيمة الزيادة ماية والثمن الف وسقط عشر الثمن ان رده واخذ نسمانية وغير متولدة
منه كالكسب وهي لا تمنع بحال بل يفسخ العقد في الاصل دون الزيادة ويسلم له الكسب الذي هو الزيادة وهو قوله
احد وان في رحمهم الله وفيه الحديث الذي ذكرناه اول الباب الذي فيه قول البايع انه استغل غلاما
فقال صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان ويحمل ان في احد حكم المنفصلة المتولدة في حكم الكسب لامكان المنع على الاصل
بدونها والزيادة للمشتري ويخرج من الكسب الذي تولد من المنافع وهي غير الاعيان ولذا كانت منافع الحرة لا مع
ان الحر ليس بمال والعبد المكسوب للمكاتب ليس بمكاتبا والولد تولد من بعض المبيع فيكون له حكمه فلا يجوز ان يسلم له مجانا
لما فيه من شبهة الربوا ولو هلكت الزيادة باقة سماوية تبت له الرد كانها لم تكن وجه قال ان في قبل الحكم بالارض وانما
قيد المصنف بقوله احمر ليكون زيادة بالاتفاق فان السواد عنده نقص كالستعمل فهو كالقطع وانتفاض المبيع في يد المشتري
يمنع الرد باي سبب كان بالاتفاق **قوله** ومن اشترى عبدا فاعتقه المشتري او مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بالنقصان
اما الموت فلان الملك ينتهي به الشيء والشيء بانتهايه متقرر فكان الملك قائما والرد متعذر وقد اطلع على عيب وذلك
موجب للرجوع اذ امتناع الرد انما يكون مانعا اذا كان عن فعل المشتري اما اذا ثبت حكما لشيء فلا وهنا ثبت حكما للموت
فلا يمنع الرجوع بالنقصان واستشكل عليه ما اذا اصبغ الثوب واعوانه فانه يرجع بالنقصان مع ان الامتناع بفعله
واجيب بان امتناع الرد في ذلك انما هو لسبب الزيادة التي حصلت في المبيع حقا للشرع للزوم الربا قبل فكان ينبغي للمصنف
ان يزيد فيقول لا بفعله الذي يوجب زيادة واما العتق فالقياس فيه ان لا يرجع لان الامتناع بفعله فصار كالقتل وفي
الاستحسان يرجع وهو قول احد لان في العتق ابقاء للملك لان الادمي ما خلق في الاصل للملك وانما يثبت الملك
فيه عن سببه موقتا لحق الاعتاق فثبت انه انما فات كالموت وهذا وهو الرجوع بالموت وما في معناه
لسبب انه انما لان الشيء بانتهايه يتقرر لحكم اخر ما قررناه وقوله والتدبير والاستيلاد بمنزلته اي بمنزلة
الاعتاق وان لم يزيلا الملك كما يزيله الاعتاق لانه يتعذر معها النقل من ملك على ملك وبذلك يتعذر الرد وقوله
مع بقاء المحل احتراز عن الموت والاعتاق وقوله بالامر الحكمي ان حكم الشرع لا يفعل المشتري كالقتل فان اعتقه
على مال ثم اطلع على عيب لم يرجع بشيء ولذا لو كاتبه كان المشتري حبس بدله وحبس البدل حبس المبدل وعن ابي
حنيفة رضي الله عنه انه اي المعتق على مال يرجع بالنقصان وهو قول ابي يوسف وجه قال ان في احد ان العتق
سواء كان بمال او بلا مال هو انها للملك اعني وبهذا ثبت به الولاء في الوجهين واذا كان انهاء كالموت وكونه
بمال او بغيره طرد والوجه ما تقدم من كونه حابسا له بحبس بدله **قوله** فان قبل المشتري العبد اي لمست عنده
حتف انفه او كان المبيع لحما فاكله لم يرجع بشيء عند ابي حنيفة رضي الله عنه اما القتل فالمذكور من عدم الرجوع
فيه ظاهر الرواية عن اصحابنا وعن ابي يوسف انه يرجع وذكرها صاحب الينابيع ان محمدا معه وهو قول الشافعي
واحد لان قبل الموت عنده لا يتعلق به حكم دنيوي من قصاص او دية فكان كالموت حتف انفه وانما يتعلق
به حكم الاخرة من استحقاق العقاب اذا كان بغير حق ووجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمونا قال عليه السلام
ليس في الاسلام دم اي مهدر وانما سقط الضمان عن المولى صار كالمستفيد بالعبد عوضا هو سلامة نفسه ان كان
عبدا او سلامة الدية للمولى ان كان خطا فكان كانه باعه بخلاف الاعتاق لانه ليس بفعل مضمون لانه لا
في ملك الغير لا يتعد وعن احدي الروايتين ان يتعد لا يتعلق به ضمان اذا كان معسرا لان كان موسرا على تقدير

فلم يوجبه بذاته فلم يستفد ايلم يلزم مقامه ستاذه بالاعتاق عن ملكه شيأ حقيقة وحكما واما الاكل فعندهما يرجع به قال
الشافعي واحد وفي الخلاصة عليه الفتوى وبه اخذ الطحاوي وعنده لا يرجع استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا لبس الثوب
حتى تخرق ثم اطلع على عيب عنده لا يرجع عندهما يرجع لهما انه صنع بالمبيع ما يقصد بشرايه وتعيب فعله فيه من الاكل واللبس
مما لها الملك به فكان كالاعتاق بخلاف القتل والاحراق ونحوه من الاسهلان ليس بعنا داغرض من الشراء مقصود به
وله انه اللفه فعل مضمون منه لو وجد في غير ملكه غير انه يسقط اي انتفى الضمان لملكه وكان كالمستهلك عوضا كالقتل
فلا يرجع به ولا معتبر بكونه مقصودا بالشراء لانه وصف طردي لا اثر له في اثبات الرجوع الا ترى ان البيع مما يقصد
به الشراء ثم هو يمنع الرجوع وجعل المصنف قول ابي حنيفة استحسانا مع ما خبره وجوابه عن دليلها يفيد مخالفة
كون الفتوى على قولهما واورد عليه القطع والخياطة فانهما موجبان للضمان في ملك الغير مع انه يرجع بالنقصان فيهما اجب
بان امتناع الرد فيهما لحق الشرع لا لفعله ذا كذلك هنا فامتنع لفعله لا لحق الشرع وهذا يتم في الخياطة للزيادة
اما في مجرد القطع فلا يتم وكذا لو قبله البايع منقطعا كان له ذلك كما لو خاطه مخيطا او مصبوغا لغير السواد **قوله**
ولو اكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عنده يعني لا يرد ما بقي ولا يرجع بالنقصان فيما اكل لان الطعام كشيء
واحد حتى كان رؤية بعضه كرؤية كله ليسقط الخيار فصار كما لو باع بعضه ثم اطلع على عيب فانه يبطل حقه في الرجوع
بغير قول زفر فانه قال يرجع بنقصان العيب في الباقي الان يرضى البايع ان يأخذ الباقي بحصته من الثمن وعنهما
روايتان رواية انه يرجع بنقصان العيب في كل فلا يرد الباقي ورواية يرد ما بقي لان الطعام لا يرضى التبعيض
فكان قادرا على الرد فاخذه ويرجع بالنقصان فيما اكل هكذا ذكر المصنف وهو نقل القدوري في كتاب التقريب
وفي شرح الطحاوي ان الاول قول ابي يوسف قال يرجع بالنقصان في الكل الا ان يرضى البايع ان يأخذ الباقي بحصته
من الثمن وان الثاني قول محمد قال وكان الفقيه ابو جعفر يفتي بقول محمد وهو اختيار الفقيه ابو الليث وفي شرح
المجمع قال ابو يوسف يرد ما بقي ان رضي البايع لان استحقاق الرد في الكل دون البعض فيتوقف على رضاه وقال محمد
يرد ما بقي وان لم يرض لما ذكرنا ان التبعيض لا يرضى وفيما اذا باع البعض عنهما روايتان في رواية لا يرجع كما هو قول
ابي حنيفة لان الطعام كشيء واحد فبيع البعض كبيع الكل وفي رواية يرد ما بقي لانه لا يرضى التبعيض ولا يرجع بالنقصان
فيما باع في المجتبى عن جمع البخاري اكل بعضه يرجع بنقصان عيبه ويرد ما بقي وبه يفتى ولو اطعم عبده او مدبره
او ام ولده يرجع لان ملكه باق ولو اشترى دقيقا فخبزه وظهر انه مر رد ما بقي ورجع بنقصان ما خبز هو
المختار ولو كان سمنا ذابها فاكله ثم اقر البايع انه كان وقع فيه فان رجع بالنقصان عند هما وبه يفتى وفي الكفاية
قال يصرف بسقط خيار الشرط بسقط خيار العيب اذا وجده في ملكه بعد العلم بالعيب وبالرد وبالارش لانه كالرضى
به **قوله** ومن اشترى بيضا او بطيخا او فتا او خيارا او جوزا او قرعا او فاكهة فكسر غير عالم بالعيب فوجده
فاسدا فان لم ينتفع به كالقرع المر والبيض المذر رجع بالثمن كله لانه ليس بمال فكان البيع باطلا بخلاف ما لو كسره
هالما بالعيب لا يرده ولا يعتبر بالجوز صلا فسره بان كان في موضع يعز الحطب وهو مما يشترى للوقود على ما قيل
من انه اذا كان كذلك يرجع بحصة اللب ويصح العقد في قشره بحصته من الثمن لان العقد فيه صادف محلا كان
ماليا وجوز قبل الكسر لبس الا باعتبار اللب واذا كان اللب لا يصلح له لم يكن محل البيع موجودا فيبطل هو ان العقد
وقع باطلا واختاره المصنف واشار اليه الامام السرخسي وان كان ينتفع به مع فساده بان باعه للفقراء او صح
للعلف يرجع بحصة العيب لان الكسر عيب حادث عند المشتري فيمنع الرد غير رجع بالنقصان لانه ان يتناول
شيأ منه بعد العلم فلا يرجع بشيء وكذا قال الحلواني في هذا اذا اذاقه فوجده كذلك فتركه فان يتناول شيأ منه
بعد ما اذاقه لا يرجع بشيء واما اذا اشترى بيض نعامة فوجد عامة من ذكر بعض المشايخ في شرح الجامع انه يرجع
بنقصان العيب وهذا يجب ان يكون بلا خلاف لان مالية بيض النعامة قبل الكسر باعتبار الفرخ وما في جميعا
وقول المصنف وقال الشافعي يرده يعني اذا وجده بعد الكسر يجب يمتنع به الطلقه وفي شرح الاقطع قيده
بما اذا كان الكسر مقدار الا يعلم العيب الا به فله الرد في الصحيح من قوله انتهى وليس هذا التفصيل عندنا وانما في
قول اخر لثالث فيجيء ثم وجه قول الشافعي في كتاب ان هذا الكسر بتسليط البايع فكانه كسره بنفسه قلنا

التسليط على الكسر في ملك المشتري انما هو في ملكه فصار كما اذا كان المبيع ثوبا فقطعه المشتري ثم اطلع على عيب
فانه لا يرده مع انه سلطه على قطعه بالبيع فعرف بالاجماع على انه لا يرده وفي وسيلة القطع ان تسليطه
هذا هو دوان التسليط المعتبر هو ما لو سلطه ان يكسر وهو في ملكه اي ملك البايع بان امره بكسره فزال هو
التسليط المانع من الضمان على الكاسر واما البيع فتسليط للمشتري على ان يكسره في ملك نفسه لا اثر لهذا
في نفي الضمان ولو وجد البعض فاسدا فكان كان قليلا جاز البيع استحسانا لان كثير الجوز والبيض لا يخلو عن قليل
فاسد فكان كقليل التراب في الحنطة والشعير فلا يرجع بشيء اصلا وفي القياس يفسد وهو ظاهر وان كان كثيرا
لا يجوز البيع ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره فصار كما لو جمع بين الحر والعبد في صفقة واحدة والاصل
في المسئلة ولكن فيه صعوبة ظاهرة وقال المصنف في القليل انه كالواحد وفي المنتقى وفي الغاية اراد بالكثير ما وراء
الثلاثة اما زاد على النصف وجعل الفقيه ابو الليث الخمسة والستة في الغاية من الجوز معفوا قال ان مثل ذلك
قد يوجد في الجوز فصار كما شاهد عند البيع والواحد والعشرين وجوزات قد يوجد خمسة فاسدة فاختلفوا فيه قيل يجوز
العقد في الحصة التي في الباب بنصف الثمن بالاجماع اما الثمن لم ينقسم وقيل العقد فاسد اذا الكل عند ابي حنيفة لانه بيع
كالجمع بين الحر والميت في البيع وعندهما يصح في الحصة التي في الباب بنصف الثمن وهو الاصح لان هذا معنى الثمن المنقسم
عندهما فان الثمن ينقسم على الاحاد الا على القسمة **قوله** ومن باع عبدا فاباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فان قبله
بقضاء القاضي بسبب اقراره بالعيب انه كان عنده ووجد عند المشتري منه وهو المشتري الاخر او سنه
على ذلك او بنكوله او بسبب نكوله عن اليمين عن العيب فله ان يرده على بايعه الاول يعني له ان يخاصم الاول
ويفعل ما يجب عليه الى ان يرد عليه وقيده في المبسوط بما اذا ادعى المشتري الثاني العيب عند البايع الاول
اما اذا اقام البينة ان العيب كان عند المشتري الاول لم يذكره في الجامع وانما ذكره في اقرار الاصل فقال ليس للمشتري
الاول ان يخاصم مع بايعه بالاجماع لان المشتري الاول لم يصر ملكا بايعا اقر ولم يوجد هنا قضاء على خلاف ما اقر به
حتى اقراره بكون الجارية سليمة فلا ثبت لبينة الرد هنا واما يرده على ذلك التقدير لان الرد بهذا الطريق
فسخ من الاصل يعني من كل وجه فجعل البيع كان لم يكن وقد اطلع على عيب فله ان يخاصم فيه اذا كان يرد وما
تكاثل ما لفاته منه وهو ان القضاء بالبينة والنكول فرع انكاره العيب فيخصومته البايع الاول فيه يكون منا قضا
فلا يسمع خصومته وكذا قال زفر انه لا يرده عليه للسابق المذكور وكذا بالاقرار ان معنا ما فسره
المصنف ان يدعي عليه انه اقر بالعيب فينكر الاقرار فيشهد عليه بالاقرار فان اقراره غير مقطوع به بجواز
كذب الشهود ووهمهم ولهذا لو قال بعد الرد ليس به عيب لا يرده على البايع الاول بالاتفاق اجاب المصنف عنه
بقوله لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء لعدم انكاره العيب هذا بعد تسليم ان انكاره ظاهر في الصدق والا فيجوز
كونه لرفع الخصومة فان كثيرا من الناس يفعله فعارض ظاهر ايعارض ظاهر البينة المقتضية لصدقه ثم
لو كان ظاهر انه صدقه فقد ثبت لكن هذا الظاهر غير واقع لتكذيب الشرع اياه بخلاف قوله لا عيب به بعد الرد
فانه لا مكذب له وقد يقال تكذيب الشرع اياه باثبات العيب لا يرفع منا قضته وكونه مواخذا في حق نفسه
بزعمه وهي الرافعة لخصومته للبايع الاول وقوله وهذا بخلاف الوكيل متصل بقوله له ان يرد لان المعنى له ان يخاصم
فيرده بخلاف الوكيل بالبيع اذا اراد مباعه بطريق الوكالة عليه بعيب بالقضاء بينه او باقرار المالك
بالعيب لذا لفظ الجامع حيث يكون رد على الوكيل من غير حاجة الى خصومة الرد عليه بالخصومة لان ذلك عند تعدد
البيع حتى يكون البيع الاول قايما بعد انفساخ البيع الثاني فيحتاج الى الخصومة في الرد وهنا البيع واحد فارتفع
رجع الى الوكيل من غير تخلف زيادة وقيد بخراج لان سلامة المبيع لا يحدث مثله فقال له الرد بالبينة وبالايمين
لا يرده المامور مع الاقرار لان اقرار المامور لا يسمع على الامر ومعنى اشتراط البينة او النكول او الاقرار والعرض
انه لا يحدث مثله انه اذا اشتبه على القاضي ان هذا عيب قديم او لا وعلم انه لا يحدث مثله في مدة شهر مثلا ولم
يثبت عنده تاريخ البيع فاختار المشتري اقامة البينة او عرضها من تاريخ البيع عند شهد فعلم القاضي حينئذ
ان البيع كان في يد البايع فيرده عليه اما اذا عاين القاضي تاريخ البيع والعيب ظاهر فلا يحتاج الى شيء من ذلك فيكون

الرد على الوكيل دون الموكل بالزيادة مخصومة وقد اعترض قول محمد انه ليس للوكيل بالبيع ان يقبل الرد على موكله فان القبول يجعل عند اقرار عند هما وبدل الانسان لا يثبت في غير ه وفي اقرار الوكيل بالعيب لم يلزم الامر في عيب بحادث مثله اجيب بانه ليس حقيقة بل بجاز بمجراه لما يرى انه لو ادعى على مال عبد مأذون له في التجارة فانكر وحلف عن اليمين يحكم به عليه مع ان يذ له المال لا يجوز الا في حوائج اليسيرة وكذا عند هما لو حلف من اليمين في كل حكم كان له ان يعود فيحلف ويسقط المال عن نفسه وان كان اقرار المالك يملك الرجوع عنه والشيء اذا اجري مجرى الشيء لا يلزم كونه بمجراه من كل الوجوه وهل حكم حكم صريح الاقرار عند ابي يوسف لا وعند محمد نعم وتظهر ثمرته فيما قال في الدعوى من رواية ابن سماعة لا تقبل في الوجهين والتكول بمنزلة الاقرار وابو يوسف يقول ليس بصريح الاقرار فيقبل وفي الايضاح ان رد على بعيد قضاء يلزم مطلقا سواء كان في عيب يحادث مثله او بحادث مثله لان هذا الفسخ عقد جديد في حق ثالث والموكل ثالثها انتهى اعني الفسخ الذي بلا قضاء وقوله وان قبله الاول اي المشتري بغير قضاء القاضي بل برضاه لا يرده على بايعه هذا هو الشق الثاني من تردد المسئلة وحاصلها ان من اشترى عبدا او غيره فباعه فرد عليه بعيب بقضاء باحد الوجوه الثلاثة كان له ان يرده على الاول بالخصومة فكذا هذا واذا لم يكن على المشتري الاول في الدار شفعة فاسقط الشفيع حقه فباعه فرد بعيب بالتراضي يجدد للشفيع حق الشفعة فان المشتري اشترى ثانيا ما باع فلا يكون له حق الخصومة في الرد ولا في الرجوع بالنقصان وقال الشافعي اذا قبله بلا قضاء بالرد بالعيب عنده يرفع العقد من اصله نقض عليه الشافعي فلم يتفاوت الرد بالرضى والقضاء ونحن بينا الفرق بانه بالقضاء فسخ وبالرضى بيع جديد في حق ثالث وان كان فسخا في حقهما فان قبل لما بانه سبب الفسخ وهو الكفول او الاقرار بالعيب يكون راضيا بحكم السبب فلا فرق بين القضاء والرضى في وجوب كونه بيعا في حق ثالث اجيب بان المسئلة فيما اقر بالعيب وابى القبول فرض عليه القاضي جبرا فلا يتحقق فيه معنى البيع لعدم الرضى وقد قدمنا ان معنى الاقرار الشهادة عليه به ولانه اذا قبله بغير قضاء فقد رضي بالعيب فلا يرده على بايعه واستثنى على هذا الاصل وهو انه فسخ من الاصل مسائل احدها المبيع لو كان عقارا لا يبطل حق الشفيع في الشفعة ولو كان الرد بالعيب بالسنة فسخ من الاصل يبطل حق الشفيع لبطلان البيع من الاصل والثانية ما اذا باع امة من اجنبي وسلما فولدت بعيب ثم ولدت ولدا فادعاه ابو البائع لا يصح دعواه ولو كان الرد بقضاء فسخا من الاصل صحت كالو سبق الابن فادعاه الاب والثالثة ما لو لحقا غرم بالثمن على المشتري ثم رد المشتري بعيب بقضاء بطل الحوالة ولو كان فسخا من الاصل بطلت اجيب بيان المراد وهو ان محمدا ذكر في مواضع ان بالرجوع في الهبة تعود ملك الموهوب له قديم ملك الواهب فيما يستقبل فيما مضى لا ترى ان من وهب مال الزكوة لرجل قبل الحول وسلمه اليه ثم يرجع في هبته بعد الحول فانه لا يجب على الواهب زكاة ما مضى من الحول ولا تجعل الموهوب عائدا الى قديم ملك الواهب في حق ذكره فيما مضى من الحول ولهذا الرجل اذا وهب دارا لاخر وسلمها اليه ثم سعت دار اجنبيا ثم رجع الواهب فيها لم يكن للواهب ان يأخذها بالشفعة ولو عاد الموهوب له قديم ملك الواهب وجعل كان الدار لم تزل عن ملك الواهب كان له الاخذ بالشفعة واذا عرف هذا الاصل خرجت المسائل المذكورة عليه لما الشفعة فلان حق التشفيع كان ثابتا قبل الرد وحكم الرد يظهر فيما يستقبل لا فيما مضى ولهذه المسئلة الثانية كان الاب انما تبع ولده بايعا وولاية كانت له زمان العلوق وهي معنى سابق على الرد وقد بطل قبل الرد فلا يظهر حكم الرد وفي ما لو كان من عدم ولاية هذه الدعوة وكذا المسئلة الثالثة لان الحوالة كانت ثابتة قبل الرد فلا يظهر حكم الرد في ابطالها لان صحتها لا تستدعي عندنا دينا على المحال عليه ولهذا لم يصح الاسلام قول القائل الرد نقض وفسخ وجعل للعقد كان لم يكن متناقض كان العقد اذا جعل الفسخ كان لم يكن لان فسخ العقد بدون العقد لا يكون فاذا انعدم العقد من الاصل انعدم الفسخ من الاصل اعادة العقد لانعدام ما ينافيه ولكن بقاء العقد كان لم يكن على التغيير الذي قلنا وفي بعض المواضع قيده بعضهم بما اذا كان المبيع من غير المنقولات اما منها فلا وذلك لمسئلة نقلها في المحيط من المنتقى ان من اشترى دينارا بدراهم ثم باع الدينار من آخر ثم وجد المشتري الآخر بالدينار عيبا ورده على المشتري لغير قضاء فانه يرده على بايعه وذلك المعنى وهو ان البيعين يكون اما معدومين كان المبيع ليس للمبيع السليم فيكون المبيع ملكا للبائع فاذا رد على المشتري يرده بخلاف البيعين في غير المنقول لمسئلة الهداية حالها موجودان في ذلك فاذا قبله بدون

القضا

القضاء فقد رضي بالعيب فلا يرده على بايعه واذا افهم من الاطلاق المذكور بالنسبة الى موضوع المسئلة غير محتاج الى التقييد قوله وفي الجامع الصغير الى آخره انما ذكره لان ظاهره يخالف العذوري فانه قيد المسئلة فيه بكون العيب بحادث مثله وقيد هاني الجامع حيث قال وان رد عليه بغير قضاء بعيب بحادث مثله لم يكن له ان يخاصم فقال انا قبلته به ليعلم انه كذلك فيما بحادث مثله بطريق الاولى لانه لما لم يتمكن من رده فيما بحادث مثله كان اصح واولى والناقصة والمسن الناشيء كالمتناعه فيما بحادث مثله كالمرض والعمى والقروح مع احتمال انه بحادث عنده المشتري اولى قال المصنف وفي بعض روايات البيوع الاصل ان كان فيما بحادث مثله يرجع بنقصانه على البائع الاول اذا رده بالتراضي لتيقن بقيام العيب عند البائع الاول وقد فصلا قضاء بالرد فرفع الى قاض فعله كان الردين في هذا فكان فعلها كفعل القاضي والمراد بالحادث مثله مطلقا او في من كونه في ملك المشتري الاول الجاري والمشتري الثاني فيلي ووجه عامة الروايات ان هذا رد ثبت بالتراضي فكان كالبيع الجديد وكما لم ينفذ انما فلا يعلم القاضي ان الحكم الاول في هذا هو المطالبة بالسلامة وانما يعلم برد الرد لتعجز فاذا انتفى لا يرد الرد لم يصح في حق غيرها لا ترى ان الرد اذا امتنع وجب الرجوع بحصة العيب وفيما ذكرنا من الميل لحق معين لا يحتمل التحول الى غيره فافترقا هذا كله فيما اذا كان الرد بالعيب من المشتري الثاني بعد قبضه اما اذا كان قبل قبضه فللمشتري الاول ان يرده على البائع الاول سواء كان بقضاء او غير قضاء كما لو باع المشتري الاول المشتري الثاني بشرط الخيار له او بعا فيه خيار رؤية فانه اذا افسخ الثاني بحكم الخيار كان للمشتري الاول ان يرده مطلقا وعلمت ان الفسخ بالخيار لا يتوقف على قضاء قال في الايضاح الفرق فيه ان قبل القبض له الامتناع من القبض عند الاطلاع على عيب وكان تصرف دفع وامتناع من القبض ولاية الدفع عامة فظهر اثره في حق الكل ولهذا لا يتوقف على القضاء ما بعد القبض فوجب العقد قد تناهى لما ان حقه في صفة السلامة قائم فاذا لم يسلم له ثبت له حق الفسخ في الجزء من هذا ان حق الفسخ ما ثبت اصلا لان الصفقة تمت بالقبض بل بغيره وهو اسقاط وان حقه بصفة السلامة وانما ظهر اثره في حق الكل لانه ثبت بولاية عامة ولو كان بالتراضي ظهر اثره فيهما خاصة بخلاف الرد بخيار الرؤية والشرط لانه فسخ في حق الكل لان حق الفسخ ثبت اصلا لانهما يسلمان اللزوم في اصل العقد فكان بالفسخ مستوفيا حقا له وولاية استيفاء الحق تثبت على سبيل العموم ولذا لا يتوقف على القضاء **قوله** ومن اشترى عبدا او قبضه فادعى عيبا لم يجز عليه دفع الثمن حتى يحلف البائع او يقيم المشتري بينة على البائع ان العيب كان عنده وعند ومقتضى هذا التركيب انه اذا اقام هذه البينة يجبر على دفع الثمن وهو فاسد فقد ظهر الدين الثاني ان صبر اهكذا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع او يقيم البينة فيستمر عدم الجبر انتهى ولا بد من تقدير آخر مع يحلف لان معناه ليس معنا يحلف البائع بل معناه يتقضى منه الحلف وليس يلزم من طلب الحلف منه الجبر على دفع الثمن بل اذا حلف وهو غير لازم لجواز ان ينكل فيستمر عدم الجبر فتدبر مع ان ادعى صوري التحليف كما ثبت مع اقامة البينة وقيل يتقدر وفعل عامر يدخل تحته الغائبان اعني الحلف واقامة البينة هكذا لم يجبر على دفع الثمن حتى يظهر وجه الحكم به او بعدمه بان يحلف فيحلف او يقيم البينة ومنهم من اراد لا يجبر بينتظر دفع الثمن وانما قلنا انه لا يجبر على دفع الثمن اذا طالبه البائع به فادعى هو عيبا لانه انكر وجوب الثمن بدعوى العيب فانه انكر تعين حقه لان حقه في السليم والمقبوض فاقبضه ليس موجبا دفع الثمن عليه ووجوب دفع الثمن او لا يتعين حق البائع بازاء تعين حق المشتري في المبيع ولم يتعين لانه السليم وقد انكره واورد عليه ان الموجب للجبر قيام والمانع وهو قيام العيب موجود فلا يعارض المحقق والجواب منع قيام المانع لانه البيع للسليم او هو مع قبضه وهو ينكره فهو محل النزاع وايضا قد ثبت ما ادعاه فيودي الى نقض القضاء بدفع الثمن وصيانة القضاء عن النقض ينبغي ما امكن فلو ان للمشتري حالا شهودي بالمئة مثلا فماطلهم حتى احضرهم او اتيانك بكتاب حكمي من قاضي الشام لم يسمع ذلك بل يستحلف البائع ويقضي بدفع الثمن ان حلف وان نكل رد المبيع وانما قلنا هذا لان في الانتظار بالبائع كبير ضرر لان الغائب لا يتحقق عليه غير معلومة يجزى بحبس الابطال خصوصا بعد قبض ما للبائع على وجه المعاوضة وليس في الدفع كبير ضرر للمشتري لانه على صحته اذ له ان يقيم البينة بعد حلف على العيب ويرد المبيع ويسترد الثمن بخلاف ما لو قال لشهودي حضور فان الامهال الى المجلس الثاني لا ضرر فيه على هذا القدر على البائع فيمهل ولو قال احضر بينتي الى ثلثة ايام امهلها وليس هذا مما

ينعقد فيه القضاء ظاهرا وباطنا عند ابي حنيفة لان ذلك في العقود والفسوخ ولم يتناكر العقد بل حقيقة الدعوى هنا دعوى مال
على تقدير فرضه فالقضاء هنا بدفع الثمن للغاية حضور الشهود بالمسطر وهنا صرح في قبول البينة بعد الحلف والاخلاف فيه في مسئله
اعني ما اذا قال لا بينة او قال لبينة بينة حاضرة ثم اتى ببينة تقبل واما اذا قال لا بينة لي فحلف خصمه ثم اتى ببينة
في ادب القاضي تقبل في قول ابي حنيفة وعند محمد لا تقبل ولم يحفظ في هذا رواية عن ابي يوسف وفي الخلاصة من رواية الحسن
عن ابي حنيفة تقبل وفي جمع النسفي في قبول البينة عن اصحابنا روايتان ثم تخالف البائع في مسئلة الكتاب فان طاوعته
القضاء اذا قال بينتي غائبة لم يحلف عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف يحلف وكذا لو قال لي بينة حاضرة في المصر فاعلمه
ثم اتى بها يحلف في قوله خلافا لابي يوسف وقوله اما اذا نكل لزم العيب لانه سمى النكول حجة فيما ادى في ثبوت العيب وقيد
فيه به لانه النكول ليس حجة في كل شيء اذ ليس حجة في الحدود والقصاص ولا في الاشياء الستة عند ابي حنيفة
ومن اشترى عبدا فادعى المشتري اباقه عنده وعند البائع فاراد تحليف البائع على عدم الاباق عنده لا يحلف حتى يقيم المشتري
البينة انه ابق عنده اي عند المشتري لانه حينئذ يثبت العيب فتسمع الخصومة فيه وانما لزم ذلك لان القول له ان كان قوله
اي قول البائع لكن لا يعتبر انكاره ولا يتوجه اليمين عليه لان بعد ثبوت قيام المدعى بسببه للرد ومعرفته اي معرفة قيام
العيب بالحجة عند انكاره وهذا يدعي خوف الاباق ما يتوقف الرد فيه على وجود العيب عنده اما شيء عيب لا يتوقف
الرد على وجوده عند المشتري كوراثة الجارية وكذا الجنون على خلاف المختار فلا عرف ان معنى المسئلة ان يدعي اباقا فانكر
فحامه ثم اقام البينة على اثباته اما لو اعترف البائع به فانه يسأل عن وجوده عنده فان اعترف رده عليه بالتماس
المشتري وان انكر طلب المشتري بالبينة على ان الاباق وجد عند البائع فان اقام رده والا حلف بالله عز وجل لقد باعه
وسلمه وما ابق عنده قط قال للصدر في الكتاب اي الجامع فان عبارته هكذا فان اقام على ذلك البينة استحلف البائع
بالله لقد باعه وقبضه وما ابق قط قالوا وان تحاطفه بالله ما له قبل الرد على ذلك من الوجه الذي يدعي به او بالله ما ابق عنده قط
كل من هذه العبارات حسنة بقيت عبارتان مختلفتان وهما ان يحلف بالله لقد باعه وما به هذا العيب او لقد باعه وسلم وما به
هذا العيب فالوا لا يحلف كان فيه ترك النظر للمشتري لان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد فاذا فرض حدوث
العيب كذلك يحلف لقد باعه وما به هذا العيب كان بارئا في عينه وما به وسلمه وما به هذا العيب فكذلك لان هذه العبارة
صادقة اذا كان حدوث العيب بعد البيع قبل التسليم فقد يكون حدوث العيب كذلك فيتأول له البائع في يمينه اي يقصد تعلق
عدم العيب بالشرطين جميعا وهما البيع والتسليم على ظن ان صدقه لغة يجيء بتقدير قصده اليه يوجب بره شرعا وليس كذلك
ظن نا وله كذلك لا يخلصه عند الله تعالى من ذلك اليمين بالله تعالى يمين عموس والاخصم مع الوفاء بالمقصودات حلف بالله ما ابق عنده
قط ولو لم يجد المشتري بينة على وجود العيب عنده واراد تحليف البائع يعلم انه ابق عنده المشتري حلف على قولهما واختلف
المشايخ في قول ابي حنيفة هل يحلف او تحقق العجز عن الخصومة فعن القاضي ابي الهيثم ان الخلاف مذكور في النوادر عنده يحلف
وعندهما لا يحلف وفي شرح الجامع الكبير للشيخ ابي المعين النسفي قال بعض شيوخنا منهم شيخ الامام ابو بكر محمد بن حامد ان الخلاف في
هذه المسئلة وتخصيص قولهما بالذكر لا يدل على ان قول ابي حنيفة بخلافهما وانما يحلف عند ابي حنيفة العلم لانه حلف على فعل الغير بخلاف حلفه
على انه ما كان عنده فتقبل بينته وان كان على فعل الغير لكن لا يحلف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا لم
يكن الحالف مدعيا العلم به اما اذا كان مدعيا فلا ان لا يرى ان المودع اذا ادعى قبض الوديعة لا يكون القول له ويحلف على البتات
مع ان فعل الغير وقيل ليس حاصله فعل الغير بل فعل نفسه وهو تسليم سليما وهو قول الامام السرخسي والاول اوجه فان
معنى تسليم سليما ليس المراد منه السلامة في الحال بل بمعنى سلمته والحال انه لم يفعل السرقة عندي فيرجع الى
الحلف على فعل الغير وادعى على الاول سلعتان احدهما لو باع رجلا عبدا من آخر صفقة واحدة ثم مات احدهما فورثه
البائع الآخر ثم ادعى المشتري عيبا فانه يحلف في نصيبه بالجزم وفي نصيب مورثه بالعلم عند محمد وانه يدعي العلم بانتفاء
العيب الثانية اذا باع المتفاوضان عبدا وغاب احدهما فادعى المشتري عيبا حلف الحاضر على الجزم في نصيب نفسه
وعلى العلم في نصيب الغائب مع ادعائه عليه ذلك كذا قالوا انتهى والوجه عندي ان يستشكل ما نحن فيه على ما تقدم في المسلئتين
الاخيرتين لان تحليفه في نصفه على العلم وفي نصفه الآخر على البتات وهو واحد فهو المشكل

فالوجه

فالوجه ما ذكرنا والمسئلتان مشكلتان لانه ان علم بالعيب كان علمه بالنسبة الى التصنيع او جهله كان ايضا كذلك
الا ان يكون معنى المسئلة ان العبد كان عند كل من الشريكين مدة فيحلف هذا الوارث على البتات ما ابق عندي
وعلى العلم ما اعلم انه ابق عند شريكي فليكن محملها ذلك وعلى هذا فلو لم تكن اقامة العبد الا عند هذا الشريك لا يحلف
الا على العلم وليكتفى بذلك الا ان هذا غير معلوم فيحلف كما ذكروا ولو لم يكن اقامته الا عند الذي مات لا يحلف الا على
البتات لان العقد يقتضي وصف السلامة واعلم ان مما نظر هنا انه لو لم يبق عند البائع وابق عند المشتري وكان ابق
عنده اخر قبل هذا البائع ولا علم للبائع بذلك فادعى المشتري ذلك واثبته يرد به لانه عيب والعقد اوجب على هذا البائع
السليم ولو لم يقدر على اثباته له ان يحلفه على العلم وكذا في كل عيب يرد بتكريره وجه قوله على تقدير الخلاف وهو
ما قاله البعض ان الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليست بصحيحة لانه من خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد قيام العيب
واما نكول البائع عن اليمين على وجوب العيب عند المشتري يحلف نائبا للرد على الوجه الذي قدمناه لانه بنكوله انزل
مقرا بوجود العيب عند المشتري فتوجهت الخصومة فيه فيحلف على انه ما وجد عنده على اخر ما قلنا وقوله الحلف
يترتب على دعوى صحيحة قيل يفيد ان البينة لا تلزم ترتيبا على اصل بل يكون لا دعوى اصلا في الحدود وكذا على انه وكيل
او وارث والا دعوى الخلافي دعوى غير صحيحة او على ما في الكافي الاصح انه لا يحلف لان التحليف شرع لدفع الخصومة
لا لاثباتها وهذا لو حلف البائع عدت بينها خصومة اخرى والاصح ضعف هذا الكلام فان توجه اليمين هو سبب
الخصومة فلا تندفع وكثيرا ما يترتب خصومات بعضها على بعض بل منتهى بعضها مبدأ اخرى واما قوله في الوجه الحلف
انما يترتب على دعوى صحيحة فنقول ان كان المراد بالصحيحة ما يستحق بها الجواب فهو كذلك لانه اذا ادعى انه وجد
عنده عيبا في المبيع وقد وجد عند البائع فلا شك ان القاضي يطلب جوابه عن ذلك الا ترى الى قولهم فان اعترف فان
الامر كذلك رد عليه وان انكر وجوده واعترف بوجوده عند المشتري فعلى المشتري البينة فان عجز عنها حلف على
اخره واعترف بوجوده عنده وانكر وجوده عند المشتري وكل ذلك فرع الزامه بالجواب بل هذه غير انهم
لا يوجبون عليه اليمين على عدمه عنده حتى تثبت المقدمة الاولى وهو وجوده عنده لان تحليفه على ذلك لا يفيد فضول
المشتري من الرد ان لم يثبت عوده عنده فلا يترتب عليه فائدته الا بعده فوجب تقديمه وكذا لو كان العبد مما
يمكن الرد وجوده عند البائع فقط كولادة الجارية وكونها ولد زنى حلف عليه ابدا غير متوقف على غيره ذلك وهذا
ظهر ان الفرق بين دعوى العيب ودعوى الدين في ان كلا منهما يستدعي جوابا يلتزم بالحال وان تخلف الفرق مع ضعفه
بناء على الخصومة هنا تتجه قبل اثبات الدين وهنا لا تتجه الا بعد اثبات العيب غلط وانما هذه خصومة الفرض
مما رد المبيع وتلك خصومة الفرض مما رد الدين وكل منهما يستدعي الجواب فكما ان له ان يجيب هنا بانكار العيب عنده
راسا كذلك له ان يجيب بانكار الدين راسا بمعنى انه لم يثبت قط ثم كما ان عليه ان يثبت دخول العيب في الوجود بالبينة
او النكول كذلك عليه ان يثبت دخول الدين في الوجود كذلك واذا ثبت دخوله في الوجود طالبه برده اليه فكذلك
في العيب يطالبه برد الثمن ورده فاذا تأملت الفرق وردده فاذا تأملت لا فرق والله اعلم فالوجه ما قلنا من لزوم اليمين على العلم وفي الحالين كما ذكر
البعض لانه ادعى عليه معنى لو اقر به لزمه المال فعليه اليمين رجاء النكول وكونه لمجرد اليمين لا يثبت المال الا بعد يمين اخرى
على وجوده عند البائع لان الله اذا توقف ثبوت الحق على امرين لم يكن بد من اثبات كل منهما ثم قال المصنف رضه الله تعالى
العبد الضعيف يعني نفسه اذا كانت الدعوى في اباق العبد الكبير يحلف البائع ما ابق عندي منذ بلغ مبلغ الرجال الا عساه
ابق عنده في الصغر فقط ثم بلغ عند المشتري بعد البلوغ وذلك لا يوجب الرد لاختلاف السبب على ما تقدم ولو لزمناه
لحلف ما ابق عنده قط اصررنا به والزمناه ما لا يلزمه ولو لم يحلف اصلا اضررنا بالمشتري فيحلف كما ذكرنا وكذا في كل عيب
يدعي ويختلف فيه الحال فيما بعد البلوغ وقبله كالجنون وقد ظهر مما ذكرنا كيفية ترتيب الخصومة في عيب
الاباق ونحوه وهو كل عيب لا يوقف الا بالتجربة والاختبار كالسرقة والبول في الفراش والجنون والزنا وبقي اصناف اخرى
ذكرها قاضيخان مع ما ذكرنا ستة اربعة انواع الاول ان يكون عيبا ظاهرا لا يحدث مثله عادة الا وقت البيع كالاصبع الزائدة والعمى والناقصة والسن الشاغية ابي الزائدة فالقاضي فيها يقضي بالرد اذا طلب المشتري من غير تحليف
للبائع به في يد البائع والمشتري الا ان يدعي البائع رضاه به او العلم به عند الشراء او الابراء منه فاذا ادعاه سأل المشتري

فانه اذا عرف امتنع الرد وان انكر اقام البينة عليه فان عجز يستحلف ما علم به وقت البيع او مرضي نحوه فان حلف رده وان نكل
امتنع الرد والثاني ان يدعي عيبا باطنا لا يعرفه الا الاطباء كوجع الكبد والطحال فان اعترف به عند حاكم رده وكذا اذا انكره فاقام
المشتري البينة او حلف البايع فنكل الا ان يدعي الرضى فحكمه ما ذكرنا وان انكره عند المشتري ببرهة طبيبين مسلمين عدلين والواحد
يكفي والاثنان احوط فاذا قام به ذلك بخاصمه في انه كان عنده الثالث ان يكون عيبا لا يطلع عليه الا النساء كدعوى الرتق
والقرن فعند العدل النساء وقد اشتري بشرط البكارة فعلى هذا الا انها ذا انكر فتيا مضى لاكمال رتب النساء والمراة العدل كافية
فان اقامت ثيبا او قرناء ردت عليه بقولها عندهما كما تقدم او اذا انضم اليه نكوله عند تحلفه غير ان القرن ونحوه ان كان
مما يحدث نزد عند قول الثلاثين في قرنا بلا خصومة في ان ذلك كان عند البايع للتيقن بذلك كما في الاصبع الزايدة الان
يدعي رضى فيحلف ما ذكرنا في شرح قاضي خان العيب اذا كان متماهدا وهو مما لا يحدث يوما ما رد وان كان مما يحدث واختلف
في حدوثه فالبينة للمشتري لانه يثبت الخيار والقول للبايع لانه ينكر الخيار وهذا الوصف ما فدمناه ولو اشتري جارية
وادعى انها خنثى يحلف البايع لانه لا ينظر اليه الرجال والنساء ولو وجد به عيبا فقال له البايع تبيعه قال نعم يلزمه لانه
عرض على البيع ولو قال ابيعه فان لم يشترده على فوره لم يبق له سقط الرد ولو وجد البايع الثمن زيوفا فقال المشتري
للبايع انفقه فان لم يرجع رده على فانفق فلم يرجع رده واستحسانا ولو كان نقدا فقال هو قصير فقال البايع اره الخياط
فان قطعه والاره فعمل فاذا هو قصير فله الرد اشتري لميت كفنا ثم وجد به عيبا لا يرده ولا يرجع بالارش حتى
حدث به عيب مانع من الرد وفي القنية لو وجده معيبا فخاصم بايعه فيه ثم ترك الخصومة اياما ثم عاد اليها فقال له
بايعه لم سكت عن الخصومة مدة فقال لانتظر انه يزول او لاقله رده كذا في المجتبى قوله ومن اشتري جارية او غيرها
من الاعيان ونقد ثمنها فقبض البايع الثمن والمشتري بالجارية فوجد بها المشتري عيبا فليس له ان يردها بعد ما عرف البايع ما يوجب
الرد لانه قال لعبدك هذه واخر يرضا وانما يستحق بعيب رد حصة هذه فقط لان كل الثمن قابل المشتري بعينها وهما فاسد في
جميع الثمن ولا بينه لاحدهما فالقول قول المشتري لان هذا اختلاف في مقدار المقبوض والقول فيه قول القابض اينما
كان او ضمنا لانه ينكر زيادة يدعيها عليه البايع وان البيع انفسخ في المردود بالرد وبالرد وذلك مسقط للثمن عن المشتري
والبايع يدعي لنفسه بعض الثمن عليه بعد ما ظهر سبب المسقط والمشتري ينكر فالقول قوله وصار كالغصب اذا
ادعى المغصوب منه انه غصبه هذا مع اخر وهرب فيه زيادة فانكر الغاصب فالقول قوله وكذا اذا اتفقا على مقدار
المبيع بان اتفقا على المبيع جاريتان ثم قال البايع قبضتها وانا استحق حصة هذه وقال المشتري لم اقبض من المبيع سوى
هذه يكون القول قول المشتري لما بينا من ان القول قول القابض ومن اشتري عبدين او ثوبين ونحوهما صفقة
واحدة وقبض احدهما ووجد بالاخر الرد لم تقبض عيبا فانه بالخيار ان شاء اخذهما بجميع الثمن وان شاء ردهما وليس له ان ياخذ
السليم ويرد المعيب بحصته من الثمن في هذه الصور لان الصفقة انما تم بقبضهما لانها انما تم بقبض كل المبيع ولم يوجد
فيكون رد احدهما وحده تفريقا للصفقة قبل التمام وهذا اي كون رد احدهما بعد قبض احدهما فقط تفريقا قبل تمامها بناء على
ان تفريقا قبل القبض لتفرقة في نفس العقد فيما اذا قال بعتكما بالف فقال قبلت في هذا بخمس مائة واما اذا كان لان القبض
له شبه بالعقد لانه يثبت ملك التصرف كما تثبت العقد ملك الرقبة ولانه اعني القبض موكد لما ابتدء العقد حتى ان
الشهود بالطلاق قبل الدخول اذا رجعوا يضمنون المهر لانه كان على شرف الزوال بتمكينها ابن الزوج مثلا ونحو فالشهود
بشهادتهم اكدوا الزومه وحققوه وما قيل في تمامه وحكم المشبه به فان الصلوة للنار وهي النجاسة
حرام ولو صلى وسجد عليه نارا وتبرد به نجاسة كان مكروها ليس بمثيل صحيحا فان الثابت الكراهة وانما يكون حكم حكمه
لو ثبت لحرمة هذا اذا كان العيب في غير المقبوض فلو وجد العيب في المقبوض اختلفوا فيه يردي عن ابي يوسف انه
يرده خاصة لان الصفقة تامة في المقبوض والصحيح انه ياخذها او يردهما لان تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع
وهو اسم لكله فالم يقبض الكل لا يتم فيكون تفريقا قبل التمام وصار تمام الصفقة كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء
الثمن لا يزول الحبس دون قبض جميعه حتى لو بقي من الثمن درهم كان له ان يمنع جميع المبيع عليه ولو قال المشتري انما اسك
العبد واخذ النقصان ليس له ذلك فاما لو كان قبضها اعني العبدين ثم وجد باحدهما عيبا فان له ان يرده خاصة خلافا
لزفر هو يقول فيه اي في رده وحده تفريق الصفقة ولا يجري عن ضرر لان العادة قد جرت بالرد في الرد

وفي

وفي الزامه المعيب وحده الزام هذا الضرر فاستوى ما قبل قبضها وما بعده في تحقق المانع من رده وحده واشبه خيار
الشرط والرؤية في ان الصفقة لا تتم اذا كان فيها احد الخيارين هكذا ذكر خلاف زفر في المبسوط وغيره وقال العدوري في
التقريب قال اصحابنا اذا اشتري عبدين صفقة فوجد باحدهما عيبا بعد القبض رده خاصة وان كان قبل القبض رد هما
وقال زفر يرد العيب في الوجهين لان العقد صح فيهما والعيب وجد باحدهما فصار كما بعد القبض وذكر صاحب المختلف والمتلوة
مثل ما ذكر العدوري على خلاف ما ذكر المصنف وسائر الائمة وهو محمول على اختلاف الرواية عن زفر ولنا انه تفرق الصفقة
بعد التمام لان القبض يتم في خيار العيب بخلاف خيار الرؤية والشرط والتفريق بعد التمام جايز شرعا بدليل انه لو استحق
احدهما بعد القبض ليس له ان يرد الاخر بل يرجع بحصة المستحق على البايع مع انه تفرقت الصفقة على المشتري والضرر الذي
لزم البايع كان ممكنا من ان الظاهر ان البايع عالم بحال المبيع وصار كما لو سمى لكل واحد ثمنا او شرط الخيار في
احدهما نفسه ثم هذا فيما يمكن افراز احدهما دون الاخر في الانتفاع كالعبدين اما اذا لم يكن في العادة كفلين او خفين او نعل
باب فوجد باحدهما عيبا فانه يردهما او يمسكهما لان الجماع لا تتم المعنى والمنفعة كشيء واحد والمعتبر هو المعنى في الالتباس
والفوايد الظهيرية وهذا اقال مشايخنا لو اشترى زوجي ثور وقبضهما ثم وجد باحدهما عيبا وقد الف احدهما الاخر
بحيث لا يعمل بدونه لا يملك رد المعيب خاصة قوله ومن اشتري شيئا مما يكال كالحنطة والتمر او يوزن كالسمن والزعفران
وغير ذلك فوجد ببعضه عيبا رده كله او اخذه كله وصاره اذا كان الاطلاع على العيب بعد القبض اما لو كان قبله فلا
فرق بين المكيل والموزون وغيرهما كالثياب والعبيد في انه يرد الكل او يحبس الكل بخلاف ما بعد القبض فانه يجوز رد
المعيب خاصة في غير المكيل والموزون دونهما وانما قلنا بعد القبض يرد الكل لان المكيل اذا كان من جنس واحد كالحنطة
او الشعير فهو كشيء واحد فان للانتفاع والتقويم لا يتحقق باحاد حبات القمح مقصودة بل مجتمعة فكانت الاحاد المتعددة
منها كالشيء الواحد ثوب او بساط ونحو الاترى انه يسمى المتعدد منه المجتمع باسم واحد كالكرد والوسق والصبرة فلا يمكن
رد البعض خاصة كما لا يمكن من رد بعض الثوب بخلاف الثوبين والعبدين فانه بعد قبضهما يرد المعيب خاصة لانهما
شيآن حقيقة وتقوما وانتفاعا فلا يوجب افراد احدهما عن الاخر عيبا حادثا فيه قيل هذا معنى كونه يرد الكل في دعوى
واحد اما اذا كان في دعاوى كما اذا اشترى عدلي حنطة صفقة فوجد باحدهما عيبا فانه يرد ذلك العدل خاصة كذا ذكر فخر
الاسلام قال لان تميز العيب من غيره يوجب زيادة عيب في المعيب فانه اذا كان محتملا بالجيد يكون اخف عيبا مما اذا انفرد
فلو رد وكان مع عيب حادث عند المشتري بخلاف ما اذا كان في دعاوى فرد احدهما المعيب فانه لا يوجب زيادة عيب قال الفقيه
ابو الليث هذا الذي ذكر قول محمد خاصة واحدى الروايتين عن ابي يوسف على قول ابي حنيفة فانه روى الحسن ابن
زياد عن ابي حنيفة في المجرد انه لو اشترى احد الامرين من غير توجد بعد ما عيبا فان كان الترك كله من جنس واحد ليس له ان
يرد المعيب خاصة وان كان الترك اذا كان من جنس وهو بمنزلة شيء واحد وليس له ان يرد بعضه دون بعض وذكر الطحاوي رواية
بشر بن الوليد لو اشتري زقين من سمن او سقين من زعفران او حلين من لؤلؤ او ثوبين او عبدين فقبض الجميع فله رد المعيب
خاصة الا ان يكون هذا والاخر سواء اما ان يرد كله او يترك كله وقد رايت كيف جعل التمر اجناسا مع ان الكل جنس
من التمر فعلى هذا تتقيد الاطلاق ايضا في نحو الحنطة فانها تكون صعيدية وبحرية وهما جنسان يتفاوتان في الثمن
والعجمين وتقيد اطلاق فخر الاسلام ان في الاعدال يرد المعيب خاصة بل ذلك اذا كان باقي الاعدال من غير ذلك الجنس مما
هو مندرج تحت مطلق جنسه بان يكون بعض الاعدال برنيا وبعضا لبانة فيرد ذلك خاصة اما اذا كان الاعدال من جنس
واحد بان يكون كلها برنيا او لبانة او عراقية فيرد الكل والصحيح كما لو كان الاعدال لواحد وان كثرت لجريان ما ذكرنا من وجه
منع رد المعيب وحده فيما قوله ولو استحق بعضه اي بعض المكيل او الموزون فلا خيار للمشتري في رد ما بقي بل يلزمه
ان لا يرده وروي عن ابي حنيفة ان له رده دفعا لضرر شركة الصفقة ووجه الظاهر انه لا يضر التبعيض في اليمنة والاخذ
بالشفعة اما في اليمنة فان المدين القمح يباع على وزن ما يباع به الارد والعرازة واما في الشفعة فظاهر فلا يتضرر
به بخلاف غيره فانه ان كان مما ينفصل يصير معيبا بتبعيضه فان الفضة من الثوب كالذراع اذا انودي عليه في السوق
لا تبلغ قيمته منفلبا في الثوب وان كان مما لا ينفصل كالعبد يصير معيبا بعيب الشركة بخلاف المحل لا يتعيب بالشركة
فانها اي الشركة في المحل وانتفاع كل بنصيبه كما يجب ومونة القسمة حينئذ وقد تقوم بكل عندهما وغلامهما وقوله

والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة جواب عن سؤال هو انه ينبغي ان يكون له رد ما بقي في صورة الاستحقاق لئلا يلزم تفريق الصفقة على المشتري المستحق عليه فاجاب بان تفريق الصفقة انما يمنع قبل التمام لا بعده وقد تحقق تمام هذه الصفقة حيث تحقق القبض ولم يظهر بعد ذلك الا الاستحقاق والاستحقاق لا يمنع تماما بل تماما برضى العاقد وقد تحقق الا برضى المالك يعني المستحق ولذا قلنا اذا اجاز المستحق لبدل الصرف وراس مال السلم بعد افتراق العاقدين بقي العقد صحيحا فعلم ان تمام العقد لتسند عمي تمام برضى العاقد لا المالك وقوله وهذا لان الاستحقاق لا يوجب خيار الرد اذا كان بعد القبض اما اذا كان قبل القبض فله ان يرد الباقي لتفرق الصفقة عليه قبل التمام لان تماما بعد الرضي بالقبض ولو كان المستحق ثوبا ونحوه كعبد وكتاب فله الخيار لان التشقيص في الثوب عيب والشركة في العبد عيب فله الخيار بين رد الكل او بغايه شركا لا يقال ينبغي ان لا تثبت له الخيار رد الكل لانه حدث عنده عيب بالاستحقاق واجاب بقوله وقد كان لما اخره اي هذا العيب اعني عيب الشركة كان ثابتا وقت البيع وانما اخر ظهوره فرع سابقة الثبوت فلم يعد العيب عند المشتري بل ظهر عنده فلم يمنع الرد بخلاف تمييز الجيد من الرديء في المكيل اذا كان فيه وعاء او در لو كان صبرة فانه عيب حدث عنده ولا يمكنه الا رد الكل **قوله** او من المشتري جارية فوجد بها قرحا ونحوه من مرض او عرض فداواها او كانت دابة فركبها في حاجة نفسه وفي بعض النسخ حاجته فهو رضى لان ذلك دليل قصد الاستيفاء فلا يكون خيارا والشرط اذا ركب فيه مرة لحاجة نفسه او لبس الثوب مرة لا يكون مسقطا للخيار لان ذلك الخيار للاختبار وهو بالاستعمال فلا يكون ركوبه لحاجته مرة او الاستخدام مرة مسقطا له فصار جنس هذه المسايل ان كل تصرف من المشتري يدل على الرضى بالعيب بعد العلم به منع الرد والا رش لمن ذلك العرض كالبيع والاجارة واللبس والركوب لحاجته والداواة والرهن والكتابة والاستخدام ولو مرة بعد العلم بالعيب خلافا لخيار الشرط فانه لا يسقط الا بالمرة الثانية لان الاول للاختبار الذي لاجله شرع الخيار فلم تكن الاولى دليل الرضى اما خيار العيب للرد ليصل المشتري الى راس ماله اذ عجز عن وصف الجزء الفايت اليه فبالمرة الاولى فيه لا يصير فارغا عن كونها دليل الرضى صارف هذا الاتفاق انما الخلاف فيما اذا اخر الرد مع القدرة عليه بالتراخي او بالخصومة بان كان هناك حاكم فلم يفعل ولم يفعل ما يدل على الرضى فعندنا لا يبطل خياره الرد منه وعند ائمتنا الثلثة فعنده يبطل والتقييد بحاجته لانه لو ركبها ليسقيها او يردها على بايعها او يشتري لها علفا فليس برضى لانه لا يقصد بهذا الركوب للرد فانه سبب الرد فانه لو لم يركبها احتاج الى بسوقها مزبرا لانقياد وتتلف ما في الطريق للناس ولا يحفظها عن ذلك الا الركوب والجواب في السقي وشراء العلف محمول على حاجته الى ذلك فيها لانها قد تكون صعبة فتي قرد فالبسقيها او يحمل عليها علفا ما ذكرناه مع كونه عاجزا عن المشي او لكون العلف في عدد او احد ولا يمكن من حمله على الا اذا كان راكبا وتقييده بعدل واحد انه لو كان في عدلين فركبها يكون الركوب رضى ذكره قاضي خان وغيره ولا يخفى ان الاضافات التي ذكرناها في ركوبها للسقي انها لا تمنع الرد مما جرى فيما اذا كان العلف في عدلين يتعذر ركوبها ولا ينبغي ان يطلق امتناع الرد اذا كان العلف في عدلين ولو اختلفا فقال البايع ركبتها لحاجة نفسك وقال المشتري ما ركبتها الا علفا لك فالقول قول المشتري فانا لو قلنا البايع ركبتها للسقي لا لحاجة نفسه لانها تنقاد وهي ذلول ينبغي ان يسع قول المشتري لان الظاهر ان المسوغ للركوب بلا اذن هو الرد خوف المشتري من شيء مما ذكرناه لا حقيقة الجموح والصعوبة والناس يختلفون في تحمل اسباب الخوف فرب رجل لا يخطر بخاطره شيء من تلك الاسباب واخر بخلافه نعم لو حمل عليها علفا لغيرها كان رضى ركبها او لم يركبها **قوله** وجد بالدابة عيبا في السفر وهو يخاف على حمله عليها ويرد بعد انقضاء سفره وهو معذور **قوله** ومن اشترى عبدا فسرق عند البايع وعلى ما ذكرنا مما وقع في المطارحة لا فرق بين ان يسرق عند البايع او غيره ولم يعلم المشتري به اي بفعله السرقة لا وقت البيع ولا وقت القبض وسنأتي فارقين هذا القيد فتقطع عند المشتري فله ان يرده على بايعه ويأخذ الثمن كله منه عند ابي حنيفة هكذا في عامة شروح الجامع الصغير وبعض روايات المبسوط وذكر في جامع الثمانية ومعظم روايات المبسوط يرجع بنصف الثمن وفق ما ذكر في المبسوط حيث قال وعند ابي حنيفة يرجع بنصف الثمن بان القطع كان مستحقا بسبب كان عند البايع والبدء من الاصل من نصفه فينتقض قبض المشتري في النصف فثبت للمشتري الخيار ان شاء رجع بنصف الثمن وان شاء رد ما بقي ورجع بجميع الثمن كما لو قطعت يده عند البايع

ولما

وما ثبت الخيار بين رده واسكاله كان قوله من قال يأخذ الثمن كله منصرفا الى اختياره رد العبد المقطوع وقول من قال يرجع بنصف الثمن منصرفا الى اختياره امساكه وفي شرح الطحاوي الاسبيجابي لو قطعت يده بعد القبض ثم اخذ الصورة انتقض رضى بالعبد الاقطع بنصف الثمن وان شاء ترك وفي قول ابي يوسف ومحمد لا يرده ولكنه يرجع بنقصان العيب يقوم عبدا وجب عليه القطع وعبد المجب عليه القطع ويرجع باداء النقصان من الثمن الا اذا رضي البايع ان يرده فيرده ويرجع بجميع الثمن فلا خفي ما في نقل المختصر في الجواب المسئلة كما لمصنف ان له ان يرده ويرجع بالكل وما نقل في الحصر والمختلف فيما اذا قطعت يده عند المشتري بسرقة عند البايع انه يرجع بنصف الثمن من الايتاع في الالباس وافرب ما يظن انها رواية ان عنه لو ما ظهر من الجواب الفصل ابتداء كما ذكرنا وعبارة الهداية اخف فانه قال فله ان يرده ويأخذ الثمن فانا لا نمنع ان لم شيأ اخر لكن لا يجوز الاقتصار على هذا الا اذا كان ماله من الاخر المسكوت عنه متفقا عليه فاقتصر على محل الخلاف ان الخلاف ثابت في الامرين وهذا اذا امسكه فانه يأخذ النصف عنده وعندهما لا يرجع بالنقصان وامسكه وقوله وعلى هذا الخلاف اذا قتل لسبب وجد عند البايع من قتل عبد اورده ونحو ذلك بعض قتل عند المشتري يرجع بكل الثمن حتما وعندهما يقوم حال الدم وحرامه فيرجع بمثل نسبة التفاوت بين القيمتين من الثمن قال المصنف فالحاصل انه اي القتل والقطع اي ثبوته في العبد بمنزلة الاستحقاق ولو استحق كله يرجع بالكل وعنده كان بالخيار بين ان يرد الباقي ويرجع بالكل وبين ان يرجع بنصف الثمن وعمك النصف فكذا هنا وعندهما ذلك بمنزلة العيب يعني في الحكم والا فهو عيب عندهما لا بمنزلة العيب وفي المبسوط فان مات العبد من ذلك القطع قبل ان يرده لم يرجع الا بنصف الثمن لان النفس ما كانت مستحقة في يد البايع لينتقض قبض المشتري في النصف لما ان الموجود عند البايع بسبب القتل والقطع وثبوت سبب ذلك لا ينافي ماليه العبد ولذا لو جرح يده وعتق ولو مات كان الثمن مقررا على المشتري وليس لولي القصاص حق في ماليته ولذا لو كان ولي القصاص باعه باذن المشتري اياه صح شراؤه ولو كان له حق في ماليته لم يصح كالوابي المرتهن بيع عبد الرهن لم يصح لتعلق حق المرتهن بالمالية تعرف ان استحقاق بادميته لا بماليته والاستحقاق باعتبار المالية لا يجزئ استحقاق استيفاء العقوبة مجرى الاستحقاق في الكل والبعض وانما تذهب المالية بالقتل وهو فعل انشاه المشتري باختياره في النفس بما دخل في ضمان المشتري وبه لا ينتقض قبض المشتري لانه تعلق بالمال البيع وينتقض باخذ المستحق له لانه فيه من حيث هو مال فكان استيفاء العقوبة عيبا حادثا في يده فمنع الرد فيرجع بالنقصان وصار كما اذا اشترى حاملا فولدت عندهما وقت الشراء وما وقت القبض لما تعذر عنده بالولادة فانه يرجع بنصف ما بين قيمتها حاملا وغير حامل ولنظهر لك في قول ابي حنيفة غير حامل ليس لها موقع وله ان سبب وجوب القطع والقتل وجد في يد البايع والوجوب يقتضي الوجود فيكون الوجود مضافا الى سبب القطع والقتل وهو سرقته الكاينة في يد البايع وقتله ضاروته مضافا اليه وقطعه وصار كانه قطع او قتل عند البايع الذي عنده السبب وصار كما لو غصب العبد المغصوب اذا رده الغاصب على مالكه بعد ما جنى عند الغاصب فقتل عند المالك بها او قطع فانه يرجع على الغاصب بتمام قيمته او نصفها كما لو قتل عند الغاصب بجامع استناد الوجود الى سببا لوجوب الكاين عند الاول واذا كان كذلك فينتقض قبضه كما في الاستحقاق وصار سبب السبب بمنزلة علة لفوات المالية فكان المستحق به كانه المالية الا انه لا يظهر اثر ذلك الا حقيقة فعل الاستيفاء وقبله لا يتم في حق ذلك فتبقى المالية فيبيع البيع ونحوه فاما اذا قتل متقدم عند الاستحقاق وبطل المالية فظهر اثره في نقض القبض فيرجع كما ذكرنا وما ذكر من مسئلة ثبوت الحامل ممنوعة على قول ابي حنيفة بل يرجع على قول بكل الثمن قاله القاضيان ابو زيد وفخر الدين قاضي خان رحمهما الله وانما لم يذكر الخلاف في كتاب البيوع من الاصل استنادا لما ذكر في الجامع الصغير في الامة المنصوبة اذا حبلت عند الغاصب ثم ردت فولدت في يد المالك وما نقص له ان يضمن الغاصب جميع قيمتها فكذلك هنا عنده وافتصر المصنف عليه وان سلمنا فتقرر الموجود في يد البايع العلوق وانما يوجب انتصال الولد الهلاك ولا ينضي اليه بالبال الغالب السلامة فليس هنا وجوب يقتضي الوجود وهو نظير موت الزاني من الجلد بخلاف سيلم الغصب لم يصح لان شرط محمد ان يردها كما اخذها ولم توجد وصار كما لو هلكت في يد الغاصب وهنا الحيل لا يمنع من التسليم لما المشتري عن ان تلف بعد ذلك

بسبب كان الهلاك مستحقا عند البايع فينتقض قبض المشترى فيه وان لم يكن مستحقا لا ينتقض ونوقض بما يأتي
لانه اذا اشترى جارية محمومة فلم يردها حتى ماتت عنده بالحمى لا يضاف الى السبب السابق حتى لا يرجع بكل
الثمن بل بالنقصان مع ان موتها بالسبب الحمى التي كانت عند البايع وثانيها اذا قطع البايع او غيره يد العبد ثم باعه
ولم يعلم به المشترى فمات العبد منه عند المشترى يرجع بالنقصان لا بالثمن وثالثها اذا زوج امته البكر ثم باعها
وقبضها المشتري ولم يعلم بالنكاح ثم وطئها الزوج ثم رجع بنقصان البكارة وان كان زوال البكارة بسبب كان عند
البايع ورابعها لو زنى العبد عند البايع فجلد في يد المشترى فمات منه لا يرجع على البايع بالثمن وان كان موته بسبب
كان عند البايع وخامسها لو سرق في يد البايع فقطعت عند المشتري فمات يرجع بنصف الثمن
بخلاف ما لو كان موته بسبب كان عند البايع اجيب بان الحادثة لا تموت بمجرد الحمى بل بزيادة الالم ولذلك لسبب
آخر عند المشتري لما في يد البايع فليس مما نحن فيه واما الثانية فلان البيع لما ورد على قطع البايع او الاجنبي قطع سراية
القطع كان السراية حق البايع فتنقطع ببيع من له السراية ونحن فيه السراية لغير من كان البيع منه فيمتنع انقطاع
السراية بالبيع واما الثالثة فان البكارة لا تستحق بالبيع حتى لو وجدها ثيبا لا يتمكن من الرد اذا لم يكن شرط البكارة
فورد من بان عدم وصف مرغوب فيه من اوصاف العبد وعن الرابعة بان المستحق هو الضرب المؤلم واستيفاء
ذلك بالجناية في المحل وموته بذلك الضرب انما هو لعارض عرض في يد المشترى وهو حرق الجلاد او ضعف
المجلود فلم يكن ذلك الزيادة مستوفاة حدا مستحقا واما الخامسة فقد تقدم جوابها من المبسوط **قوله** ولو سرق
في يد البايع ثم في يد المشتري فقطع اي باليسرتين جميعا فعند ما يرجع بالنقصان اي نقصان عيب السرقة
الموجودة عند البايع وعند ابي حنيفة ليس له ان يرده بلا رضى البايع للعيب الحادث وهو السرقة عند المشترى
والقطع بهما كقولهما ولكن ان رضي البايع به كذلك رده ورجع بثلثة ارباع الثمن وان لم يرض به لسكه ورجع برجع
الثمن بان اليد من الادمي نصفه ففوات الكائنتين عندهما فيتوزع نصف الثمن بينهما
نصفين فيسقط ما اصاب المشترى ويرجع بالباقي ان رده بان رضيه البايع وذلك ثلثة ارباع الثمن ويرجع ان لم يرض به لسكه
بان رضي البايع لان نصف النصف لزم المشتري فيسقط عن البايع وعندنا لان البايع انما قبله اقطع معيبا لا مع ان تحمل
ما لزم المشترى من النقصان بالسبب الكائن عنده بل يتوزع النقصان عليهما كما في الغاصب للعبد اذا سرق عنده ثم رده
فسرق عند المالك فقطع باليسرتين فانما يرجع المالك على الغاصب بنصف القيمة **قوله** ولو تداولته الايدي
بعد ان سرق عند البايع ثم تداولته الايدي بعده ثم قطع عند الاخير بتلك السرقة رجع الباعة بعضهم على بعض بالثمن
كما في الاستحقاق عند ابي حنيفة لانه اجراه مجرى الاستحقاق ولا يخفى ان هذا اذا لم يكن علمت ان حكم
المسئلة عنده انه بالخيار ان شاء ان يرده ويرجع بالكل او يمسكه ويرجع بنصف الثمن فيرجع بعضهم على بعض بنصف
الثمن وعندهما يرجع الاخر الذي قطع في يده على بايعه بالنقصان ولا يرجع بايعه على بايعه لانه بمنزلة العيب اما
رجوع الاخير فلانه لما لم يعلمه لم يصر حابسا للمبيع فلا مانع من الرجوع واما بايعه فانما لا يرجع على بايعه لانه بالبيع
صار حابسا للمبيع مع امكان الرد بالبيع وعلمت ان بيع المشترى للعيب حبس للمبيع بسواء علم بالعيب او لم يعلم فلا
يمكنه الرد بعد ذلك وقولنا في الكتاب اي الجامع الصغير ولم يعلم به يعني وقت البيع ولا وقت القبض بعد على قولها لانه
عيب والعلم بالعيب عند البيع او القبض مسقط للرد والارش واما عنده فعنه روايتان في رواية كقولها فلا يرجع اذا
علم باستحقاق يده او نسيه قال المصنف بنا على المتن الاصح انه يرجع وان علم بسرقته او اباحته وقت البيع او القبض
لان هذا بمنزلة الاستحقاق من وجه والعيب من وجه فلشبهه بالاستحقاق قلنا يرجع بكل الثمن اذا لم يعلم به ولشبهه بالعيب
فلا يرجع عند العلم بشيء عملا بالشبهين ونظر فيه بعضهم بان هذا عيب لانه سوجب لنقصان الثمن وكونها جرى مجرى الاستحقاق
لا يخرجه عن كونه عيبا **قوله** ومن باع عبدا الا خمره ليس العبد بعبد فان البيع بشرط البراءة من كل عيب صحيح في الحيوان
وغيره ويبرأ البايع به من كل عيب قايم وقت البيع معلوم له او غير معلوم ومن كل عيب يحدث الى وقت القبض ايضا خلافا لمحمد
في الحادث واجمعوا ان البيع لو كان بشرط البراءة من كل عيب به لا يدخل الحادث في البراءة وذلك في قول الكل وقولنا انه
يبرأ من عيب اصلا وثانيها وهو الاصح ويروى عن مالك يبرأ البايع في الحيوان عما لا يعلمه وهو دون ما يعلمه لما روى ان ابن عمر رضي الله

عنهما باع عبدا من زيد بن ثابت بشرط البراءة فوجد زيد به عيبا فاراد رده فارسله ابن عمر فترافعا الى عثمان رضي الله عنه
فقال عثمان لابن عمر احلفت انك لم تعلم بهذا العيب فقال لا فرده عليه والعرف ان كتمان المعلوم كتلبيس بخلاف غير المعلوم
واما في غير الحيوان فلا يبرأ من عيب ما فذكر المصنف خلافه مطلقا هو احد اقوال الشافعي وهو بناء على مذهبه ان الابراء عن الحقوق
المجهولة لا يصح فنصب الخلاف في المبنى فقال هو سقوط في الابراء معنى التمليك ولهذا لا يرتد بالرد حتى لو ابرأ من له الدين مديونه
فرده المديون لم يبرأ وكذا لا يصح تعليق الابراء لما فيه من معنى التمليك وتمليك المجهول لا يصح ولانه عليه الصلاة والسلام
نهى عن بيع الغرر وهذا بيع الغرر لانه لا يدري ان المبيع على اي صفة هو ولانه شرط على خلاف مقتضى العقد ان مقتضاه
سلامة المبيع فهو كشرط عدم الملك ولنا ان الابراء اسقاط حتى يتم بلا قبول كالطلاق والعتاق بانه طلق نسوته او عتق عبيده
وما يدريك لعلهم كانوا عبيدا في غير بلده او زوجه وليه صغيرا فبلغ وهي في غير بلده وكذا لا يصح تمليك
الاعيان بلفظ الابراء بلفظ الاسقاط كان يقول اسقطت عنك دين علي والاسقاط لا يبطله جهالة الساقط كما لا جهالة
تفضي الى المنازعة وان كان في بعضه التمليك فالظهر انه اثره في صحة رده وعدم تعليقه بالشرط فاشتمل المانع ووجد المقتضي
وهو تصرف العاقل البالغ باسقاط حقوقه بخلاف التمليك فان جهالة الملك فيه تمنع من التسليم فلا يترتب فايدة التصرف
عليه اما الاسقاط فان الساقط يتخلى ولا يحتاج الى تسليم فظهر ان المبطل للتمليك المجهول ليس الجهالة بل عدم القدرة على التسليم
ولذا جاز بيع قفيز من صبرة وانما امتنع بيع شاة من قطيع للمنازعة في تعيين ما يسلمه للتفاوت واما عدم الصحة في قوله
ابرأتك احد عبدي فلجهالة من له الحق كما لو صح قوله لرجل علي الف وصح لفلان علي شيء ويلزم بالتعيين اي من الشائع من اجاز هذه الصورة
بالتعيين كطلاق احدى زوجتيه ووجه المختار ان الطلاق بعد وقوعه لا جهالة فيه وكذا العتاق لمن له الحق لانه اسقاط وتخلي
ولذا لو اقتص على ابطاله لم يبطل ويدل عليه ما قلنا حديث علي رضي الله عنه حين بعثه صلى الله عليه وسلم ليصالح بين بني حزم في دمائهم وذلك
انهم صلى الله عليه وسلم بعث اوكاخا لدابن الوليد فقتل منهم قتلى بعد ما اعتصموا بالسجود فدفع صلى الله عليه وسلم الى اولياء المقتولين
حتى سلموا الكلب وفي يده مال فقال لعلكم اصبتم مالا فتلوه ولا يعلمه رسول الله صلى الله عليه وسلم فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم
فسره به وهو دليل جواز الصلح عن الحقوق المجهولة وروي انه جعل اختصامهما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في مواريث درست
فقال صلى الله عليه وسلم اصلحا بينكما وتوخيا الحق ويحلل كل واحد منكما صاحبه وفيه اجماع على الصلح عن كل حق يعلم او لا يعلم
استحل من معاملته من غير تكبير والمعنى الفقهي ما ذكرنا والغرور والله اعلم ايهام ظاهر الثابت ومنه ولد المغرور للغرور
بحرية امراة لينزوجها وليست حرة وهي شرط البراءة من العيوب فقد نبهه على ايهام العيوب وبقاله في يده بها فلم يغره وقوله
شرط بناء على مقتضى العقد وهو السلامة فلذا يوافق مقتضاه وهو اللزوم وكون السلامة مقتضاه ان اردت العقد المطلق
سلمناه او المقيد بشرط البراءة من العيوب ان كانت منعناه والا لزم ان لا يصح شرط البراءة من العيوب المسماة ان ظهرت او
جوازه اتفاق وقوله ويدخل في هذه البراءة المذكورة في الكتاب فان الاشارة الى ما وهي البراءة من كل عيب واحتوز بالاشارة
المذكورة عن البراءة من كل عيب به وقد ذكرنا انه لا يبرأ عن العيب الحادث بالاجماع والمراد بقوله في قول ابي يوسف ظاهر الرواية
عنه وهو قول ابي حنيفة وقال محمد لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر والحسن ابن زياد والشافعي ومالك وروايته عن ابي
يوسف لان البراءة تتناول الثابت فينصرف الى الموجود عند العقد فقط ولابي يوسف ان الملاحظ هو المعنى والغرض
ومعلوم ان الغرض من هذا الشرط الزام العقد باسقاط المشتري حقه عن وصف السلامة ليلزم على كل حال ولا يطالب
البايع بحال او ذلك بالبراءة عن كل عيب يوجب للمشتري الرد والحادث بعد العقد كذلك فاقتضى الغرض المعلوم دخوله
واورد انه ذكر في شرح الطحاوي انه لو صرح بالبراءة من العيب الحادث لم يصح بالاجماع فكيف يصح من ابي يوسف اجيب
بالتخصيص وهو صرح التخصيص عليه يبطله اجيب بمنع انه اجماع بان في الذخيرة اذا باع بشرط البراءة من كل عيب وما حدث
بعد البيع قبل القبض يصح عند ابي يوسف خلافا لمحمد وذكر في المبسوط في موضع اخر الرواية عن ابي يوسف فيما اذا تلف على البراءة
من كل عيب حادث ثم قال وقيل ذلك صحيح عنده باعتبار انه يقتم السبب وهو العقد مقام العيب للرد ولين لما الفرق
ان الحادث يدخل تبعا لتقرر عرضها ولم من شرع لا يثبت مقصودا ويثبت تبعا ولو اختلفا في عيبا انه حادث بعد العقد
او كان عنده لا اثر لهذا عند ابي يوسف وعند محمد القول قول البايع مع يمينه على العلم انه حادث لان بطلان حق المشتري في الفسخ
ظاهر بشرط البراءة وثبوت حق الفسخ لعيب حدث باطل فاذا ادعى باطنا ليتبين به ظاهر لا يصدق الا بحجة وعند زفر القول للمشتري

قبل التسليم انتقض البيع وهو الاصح وقيل لا لانه اخلف بدلا وروي بشر عن محمد وابن سماعة عن ابي يوسف انه يجوز
ويوم المشتري مقام المالك في الدعوي وعن ابي حنيفة روايتان وتقدم ان المزارعة والاجارة سواء كان البذر منه
او لا فان اجاز فلا اجر لعمله وفي النوازل فلو اجاره المزارع فملا النصيبين للمشتري ولذا ابو الكرم وان كانت الارض
فارغة في المزارعة ولم تظهر الثمار في الكرم وجاز البيع وبه اخذ المرغيناني ذكره في المجتبى بقي وجه تقديم الصحيح على الفاسد
انه الموصل اليه تمام المقصود فان المقصود سلامة الدين التي لها شرعت العقود ليندفع التغالب والوصول الى الحاجة
الدنيويه وكل منهما بالصحة واما الفاسد فعقد مخالف للدين ثم ان افاد الملك وهو مقصود في الجملة لكن لا يفيد
تمامه اذ لم ينقطع به حق البايع من المبيع والمشتري من الثمن اذ لكل منهما الفسخ بل يجب عليه ثم لفظ الفاسد في قوله باب
البيع الفاسد وفي قوله اذا كان احد العوضين او كلاهما محرما فالبيع فاسد مستعمل في الاعم من الفاسد والباطل فاشار هو
على ان ذلك الفاسد اعم من الباطل لان الفاسد غير المشروع بوصفه بل باصله والباطل غير المشروع بواحد منهما وان شك
انه يصدق على غير المشروع بواحد منهما انه غير مشروع بوصفه وهذا يقتضي انه يقال حقيقة على الباطل للذي يتنفيه
كلام الفقه والاصول انه ببيانه فانهم قالوا ان حكم الفاسد افادة الملك بطريقه والباطل لا يفيده اصلا فقابلوه بالاعطى
حكما بين حكمه وهو دليل تباينهما ايضا فانه ماخوذ فيه منهومه او لازم له انه مشروع باصله لا وصفه
وفي الباطل غير مشروع باصله فبينهما تباين فان المشروع باصله وغير المشروع باصله متباينان فكيف يتصادقان اللهم ان
يكون لفظ الفاسد مشتركا بين الاعم والاخص المشروع باصله لا بوصفه في العرف لكن يحمله مجازا عرفيا في الاعم لانه
خير من الاشتراك وهو متبقية فيه باعتبار المعنى اللغوي ولذا توجه بعضهم الاعمية بانه يقال لحم اذا صار بحيث لا ينتفع
به للدود والسوس بطل اللحم واذا انتن وهو بحيث ينتفع به فسد اللحم فاعتبر معنى اللغة ولذا ادخل بعضهم ايضا
في البيع الفاسد بشمول له المكروه لانه فات وصف الكمال بسبب وصف مجاور شرع الفساد بالمعنى الذي يعم الباطل ثبت
بالاسباب مع الجهالة المفضية الى المنازعة في المبيع او الثمن فخرج نحو جهالة كمية وقدر ان الصبرة وعدم الدراهم
فيما اذا بيع صبرة طعام بصبرة دراهم وبعدم ملك المبيع للبايع والفساد بمعنى ابطلان الايفاء السلم او عدم الملك للمرتهن قبل
فسخه ومنها العجز عن التسليم او التسلم بضرر كجذع من سقف ومنها الغرر لكثرة الفائت والشرط الفاسد كالاجل الصحيح في
وقد قيل فيه صفقتان في صفقة البيعة لذ على ان يبيعه لذا والاتباع مقصود والحيلة يدخل في عدم الملك وبيع الاوطا
كالية شاة حية يرجع البايع بتسليمه ضررا لا يمكن شرعا الابذحها او في قطع حية عجز عن التسليم لانها تضر ميته
يبطل بيعه ولون البيع من البايع بما هو من جنس ثمن المتاع به وهو اقل منه قبل نقد الثمن وعدم التعيين في بيع كبيع هذا
بتغيير حفظة او شعير مستدرك لدخوله في جهالة الثمن **قوله** اذا كان احد العوضين او كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع
بالميته والدم والخنزير والخمر وكذا اذا كان احدهما غير مملوك كالحر هذا لفظ القدوري وقد ذكرنا انفا ان لفظ فاسد
يراد به ما هو اعم من الباطل لان احد العوضين يصدق على كل من المبيع والثمن لما حقيقة او تغليبا كما قيل بناء على ان العوض
خاص بالمبيع لانه يراد به المعوض والاشكال ان المبيع اذا كان محرما فان كان مالا فالبيع باطل كالخمر وكذا الثمن اذا كان
محرما ميته ودما باطل فلذا قال المصنف رحمه الله هذه فصول جمعها لاتحاده في حكم واحد وهو الفساد والواقع ان فيها تفصيلا
يعني ليس كلها فاسدا فان منها ما هو باطل وهذا مما يبين لك ان المعروف في عرف فقهائنا التباين بين الفاسد والباطل
فان الاعم لا يستغني عن الاخص قال فقول البيع بالميتة والدم باطل لا فاسد باجماع علمائنا الاصار وكذا بالحر بان جعل الميته
او الحر ثمنا لثوب مثلا وذلك لانعدام ركن البيع الذي هو مبادلة المال بالمال فان هذه الاشياء لا تعد مالا عند احد يعني
ممن له دين سماوي فلذا كان البيع بالحر باطلا وان كان مالا عند بعض الناس واما البيع بالخمر والخنزير ففاسد لوجود
حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فانه اي كلا من الخمر والخنزير مال عند البعض وهم اهل الذمة كما سيصرح به
في وجه الفرق حيث قال مال عند اهل الذمة لهما عندهم وهذا من المصنف بيان انتفاء المالية عنهما بالكلية في شرعنا
وهو كذلك غاية الامر ان الاصطلاح على تسمية البيع بثمن هو مال في بعض الاديان فاسد وبالبيس مالا في دين سماوي باطل
وهذا سهل وانما الاشكال في جعل حكم الملك قلنا فيه نظر نذكره انشاء الله ثم قال فما بيع الخمر والخنزير يعني اذا جعلا
مبيعا فان كان بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل وان كان بعين بيع المقايضة ففاسد والعرف ان الخمر مال في الجملة

كتاب هو للمستوطن لحقه ما لقوله في بيان ما لا يجوز بيعه **فروع** جمعها في الدراية شرط البراءة من كل عيب بعا وخص ضربا
من العيوب لم ينصرف الى الحادث بالاجماع ويصح تخصيصه ولو شرطها من عيب واحد كشجة لحدث عند المشتري عيب او
موت فالمطلق على عيب آخر كشجة اخرى فاراد ان يرجع بالنقصان كما شاء الرد بالعيب الحادث اعتبارا بابي يوسف نفع حصول
للبايع البراءة فجعل الخيار في تعيين العيب الذي يرد به اليه وجعله محمد للمشتري فيرد ما بينهما شاء ولا يخفى ان هذا الخلاف بعين
الشجة المشتري منها عند البيع بل ابراه من شجة به او عيب ولو ابراه من كل غائلة فهي السرقة والاباق والنجوز ولذا روي
عن ابي يوسف ولو ابراه عن كل داء فعن ابي حنيفة الداماني البطن في العادة وما سواه يسمى مرضا وقال ابو يوسف يتناول
الكل وتقدم اول الباب ذلك وفي جمع التفاريق قطع الاصبع عيب عيبان والاصابع مع نصف الكف عيب واحد ولو قبل في
الثوب يعيبه بيسير من الخروق وتدخل الرقع والرقوع ولو تبرا من كل من سود انتدخل الحمراء والحمقاء ومن كل فرج تدخل الفروج
الدامية وفي المحيط ابرائك من كل عيب بعينه فاذا هو اعور لا يبرأ لانه عدم بها الاعيب بها ولو قال انا برئ من كل عيب الا اباقه
برئ من اباقه ولو قال الا اباق فله الرد بالاباق ولو قال انت برئ من كل حق لي قبلك دخل العيب هو المختار دون الدرك
ولو قال المشتري ليس بعيب لم يلتفت اقرارا بانتفاء العيوب حتى لو وجد به عيبا رده ولو عين فقال ليس بابيض صح اقراره ولو وجد
به عيبا فاصطلحا على ان يدفع او يحط دينارا جاز ولو دفعه المشتري ليرد لم يجز لانه ربا وزوال العيب يبطل الصلح فيرد على
البايع مابدل او حط اذا زال ولو زال بعد حزوه عن ملكه لا يرد ولو ماته بعد الشراء من كل عيب بدرهم جاز وان لم يجد به عيبا
ولو قال اشتريته من كل العيوب لم يجز وصف لحروف او نقطا او النقط او الاعراب في المصحف عيب ولو وجد به عيبا فاصطلحا
على ان يحط كل عشرة ما يأخذ الاجنبي عما وراء المحطوط ورضي الاجنبي بذلك جاز وجاز حط المشتري بدون البايع ولو فصل المشتري
الثوب فاذا هو مخرق وقال المشتري لا ادري تخرق عند القصار او عند البايع فاصطلحا على ان يقبله المشتري ويرد عليه
القصار درهما او البايع درهما جاز وذا لو اصطلحا على ان يقبله البايع ويدفع له القصار درهما ويترك المشتري درهما قيل هذا
غلط وتأويله ان يرضى القصار او المشتري بترك دفع الدرهم الذي له على البايع وفي المجتبى اذا دخل المشتري العذوم في الفاراد
المشتري او طلب ان ماء او البقرة لم يرد سواء كان في المصراة او غيرها وفي المصراة يرد بقلة اللبن عندان في وما لك واحمد
وزفر ورواية عن ابي يوسف والمصراة شاه وخرما تستدر ضرعها يجتمع لبنها ليظن المشتري انها كثيرة اللبن فاذا حلبها
ليس له ردها عندنا وهل يرجع بالنقصان في رواية الكرخي لا وفي رواية شرح الطحاوي يرجع لغوات وصف مرغوب فيه
بعد حدوث زيادة منفصله وقيل لو اختيرت هذه للغوي كان حسنا لغرور المشتري بالضربة ولو اعتد بقول البايع
هي حلوب فتبين خلافه بعد الولادة يرجع فلذا هنا ولو وقف الارض وجعلها مسجدا ثم اطلع على عيب امتنع الرد والرجوع
بالارش عند محمد وعند ابي يوسف يرجع بالارش ولو اشتري ضيعة مع غلاتها فوجدها معيبة ردها في الحال لا الغلات
جمع غلاتها فهو رضا وان تركها يزداد العيب فيمتنع الرد **باب البيع الفاسد** البيع جايز وغير
جايز والجايز ثلثة انواع بيع الدين بالعين وهو السلم وبيع العين بالعين وهو المقايضة وبيع العين بالدين وهو البيع المطلق
وغير الجايز ثلثة باطل وهو بيع ما ليس بمال كالخمر والمدبر والعدوم كالسمن في اللبن وغير مقدور التسليم كالآبق وموقوف
في الخلاصة في خمسة عشر بيع العبد والصبي المحجورين اي موقوف على اجازة المولى والاب او الوصي وبيع غير الرشيد موقوف
على اجازة القاضي وبيع المرهون والمستاجر وملغي مزارعة الغير يتوقف على اجازة المرتهن والمستاجر والمزارع فلو فاسخا
الاجارة او رد المرتهن لو قبل او ابرا لزمه ان يسلمه للمشتري ولذا بيع البايع بعد القبض من غير المشتري يتوقف على اجازة
المشتري وقبل القبض في المنقول لا ينعقد لو فاسخا لا ينفذ وفي العقار على الخلاف المعروف وبيع المرتد عند ابي حنيفة
والبيع برقمه وما باع فلان والمشتري لا يعلم سوقوف على العلم في المجلس وبيع فيه خيار المجلس ومثل ما يبيع الناس به
ومثل ما اخذه فلان وبيع المالك المغصوب ذكر محمد ان اقر الغاصب او جحد والمغصوب منه بينة ثم البيع وبيع مال
الغير ولتتم ما تعلق بالمرهون والمستاجر والمغصوب وذكر انه اذا رجع الراهن والمستاجر على الراهن والمؤجر بفسخ
او بغيره يتم البيع وكذا ان اجاز المستاجر والمرتهن فان لم يجيزا ان طلب المشتري من الحاكم فسخ العقد فسخه وللمشتري الخيار
اذا لم يعلم الرهن والاجارة وكذا ان علم عند محمد وعند ابي يوسف ان علم ليس له حق الفسخ قيل ظاهر الرواية قول محمد وقيل على
قول ابي يوسف وليس للمستاجر حق فسخ البيع بالاتفاق وفي المرتهن خلاف المشايخ وليس للراهن والمؤجر حق الفسخ ولو هلك المغصوب

في شرح ثم امرياها نتها في شرح اخر نسخ الاول وسيملكه بالعتق مقصودا الاعزازله حيث اعتبر المقصود من تقرف العقلا
خلاف جعله ثمنا واذا بطل كون الخمر مبيعا فلان يبطل حمل الميتة والخرمبيعا اولى ومقتضى هذا ان يبطل في المقابضة
بطريق اولى لانه لا منهما مبيع لكن لما كان كل منهما ثمنا ايضا كان كلا منهما مبيع بنت محتة اعتبار التثنية والمبيعية في كل منهما
فاعتبر الخمر ثمنا والثوب مبيعا والعكس وان كان ممكنا لكن ترجح هذا الاعتبار لما فيه من الاحتياط للغرب من تصحيح تصرف
العقلا المكلفين باعتبار الاعزاز للثوب مثلا فيبقى ذكر الخمر معتبرا لاعزاز الثوب لا الثوب للخمر فوجبت قيمة الثوب لا الخمر
ولا فرق بين ان تدخل الباء على الثوب او الخمر في حيل الثوب المبيع وجه البطلان في بيع هذه الاشياء النص لقوله صلى الله عليه وسلم
عن الله تعالى ثلثة انا خصمهم يوم القيامة رجل اعطى بي ثم غدر ورجل باع حرا ثم اكل ثمنه ورجل استاجر اجيرا فاستوفى
منه ولم يعطه اجره ومعنى اعطى بي اعطى ذمة من الذمات ذكره في صحيح البخاري وقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله اليهود
الى ان قال ومايباع وفي الصحيحين لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوها فباعوها فاكلوا ثمنها وحديث ان الله تعالى
حرم شيأ حرم ثمنه واما الاجماع فظاهر ثم المراد بالميتة التي يبطل العقد بها وعلما التي ماتت حتف انفها اما المذكاة
والموقوذة فهي وان كانت في حكم الميتة شرعا فانا نحكم بجوازها اذا وقعت بينهم لانها مال عندهم كالخمر كذا ذكر في الكف
في التجنيس مطلقا عن الخلاف وفي جامع الكرخي يخرج عندهم عند ابي يوسف خلافا لمحمد ووجه قول محمد ان احكامهم كاحكامنا
شرعا الا ما استثنى بعد الامان والذي استثنى الخمر والخنزير فبقي ما سوى ذلك على الاصل والفتوى الرواية عن ابي حنيفة
ان بيع الاشربة المحرمة يجوز الا الخمر ومنعا جواز كل ما حرم شربه وثبوت الضمان على القولين فرع للاختلاف
في جواز البيع وقوله في الذخيرة في المتخذة ونحوها البيع فاسد لا باطل صحيح لانها وان كانت ميتة عندنا فهي مال
عندا هل الذمة يجب ان البيع فاسد فكانت كالخمر شرا الباطل لا يفيد ملك التقرف ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه
اي في البيع الباطل يكون امانة عند بعض المشايخ هو ابو اصر احمد الطواويسي وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة
كان العقد غير معتبر فبقي مجرد القبض باذن المالك وذلك لا يوجب الضمان وعند البعض كتمل الائمة السرخسي
ومشيره يكون مضمونا بالمثل او القيمة وهو قول الائمة الثلثة لانه لا يكون ادنى حالا من المقبوض على سوم الشرا
وقبل الاول قول ابي حنيفة رحمه الله والثاني قولهما كما كخلاف الكائن بينهم في ام الولد والمدبر اذا بيعا فانا عند
المشتري لا يضمنها عند ابي حنيفة خلافا لهما وذلك لان ترك الضمان عند ابي حنيفة مع تسمية
الثمن بلا ابراء بيع كان بتولا ذهب بهذا فان رضيته اشتريته بعشرة فاهلك ضمن قيمته فاذا ضمن هذا
مع انه لم يوجد فيه صورة العلة فلان يضمن فيما نحن فيه مع انه وجد فيه ذلك اولى لمن ينصر المروي عنه عدم الضمان
اذ الضمان في المقبوض على سوم الشرا ان قلت انه عند صحة كون المسمى ثمنا كما مر انما ذكرنا من قوله ان رضيته
اشتريته بعشرة سلماه وهو منتف في تسمية المحرم كالخمر وان ذلك عند التسمية مطلقا منعناه فيجب
تفصيل وهو انه ان كان الهلاك لعدم مالية الثمن اصلا لا يضمن وان كان لعدم المبيع كما نحن فيه يضمن اه ان قلت
فاذا هو زجاج بثمن صحيح دراهم مثلا فقبضه يصير مضمونا والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به اذا كان
القبض باذن المالك باتفاق الروايات فيملكه ويصير مضمونا عليه بالمثل ان كان مثليا او القيمة وكذا اذا قبضه
في مجلس العقد بغير اذنه على الصحيح وفي غير مجلس العقد هل يملكه سياتي تمام هذه المسايل في احكام البيع
الفاسد وكذا الخلاف في ان المملوك التقرف او العين ووجه لزوم القيمة وما عليه من الاشكال وقوله وما فيه اي
في ثبوت الملك بالقبض في البيع الفاسد خلافا للشافعي وكذا لما لك واحمد باعتبار ان الفاسد هو عندهم الباطل
وسيبينه المصنف في فصل احكام البيع الفاسد اي يبين الوجه من الكاتبين **قوله** وبيع ام الولد والمدبر والمكاتب
فاسد هذا لفظ القدوري قال المصنف ومعناه بالملا ان استحقاق الحرية بالعتق ثابت لكل منهم بحجة لازمة
على المولى بقوله صلى الله عليه وسلم في ام الولد اعتقها ولدها وافعل ما يقتضيه هذا اللفظ ثبوت استحقاقها العتق على
وجه اللزوم وتصحيح التدبير شرعا وتصحيحه يوجب انفعا دالتدبير سببا للعتق في الحال لانشا اهلية
الاعتاق عن السيد بعد موته والاجماع على عتقه بعده بذلك اللفظ وكان ذلك اللفظ سببا في الحال والمكاتب
استحق على نفسه لازمة في حق المولى حتى لا يملك فسخ الكتابة فلو تملك المملك بالبيع بطل ذلك فلا يجوز

البيع وما لا يفيد الملك من البيع فهو باطل وذكر في الاصل حديث سعيد ابن المسيب قال امر رسول الله صلى
الله عليه وسلم بعتق امهات الاولاد من غير الثلث وقال الا يسعى في دين وحديث اعتقها ولدها تقدم في باب الاستيلاد
واذا كان الامر ما يوجبه هذا اللفظ ثبوت استحقاق الحرية على وجه لا زم والمجاز مراد منه بالاجماع ولو رضي المكاتب فقبضه
رد بالتراضي والاظهر جواز بيعه وتفسخ الكتابة بفسخه لان اللزوم كان لحقه وقد رضي باسقاطه والمراد بالمدبر
المدبر المطلق وتقدم خلاف ان في رحمه الله في جواز بيعه في كتاب العتاق اما المقيد فجواز بيعه اتفاقا واستشكل
حكم المصنف بان بيع المدبر وام الولد باطل فانه يوجب كونهم كالحر ولو كانوا كالحر لبطل بيع القن اذا جامع مدبرة
او ام ولد او مكاتب كما اذا ضم اليه حر وهو منتف لان يصح بيع القن ويلزم مشتريه حصته من الثمن المسمى ويجب بان المراد
من قوله باطل انهم لا يملكون بالقبض كما لا يملك الحر فكانوا مثله فلو قال فاسد ظن انهم يملكون واما ملكه القن المضموم
اليهم فلدخوله في البيع لصلاحيتهم لذلك بدليل جواز بيع المدبر من نفسه ولذا لو فضي قاضي بجواز بيعه ولكنه مضى حكم الفاسد بعدم
عند ابي حنيفة وابي يوسف في احد الروايتين وهذا الجواب ربما يوهم انه بيع فاسد ولكنه مضى حكم الفاسد بعدم
الملك بالقبض والحق ان لا حاجة الى الحكم بتخصيص وضوبا طل وحكمه حكمه وجاز ان تختلف افراد نوع شرعي في
الحكم الشرعي لخصوصه فان قيل التخصيص لازم في كل حال فانه ان كان فاسدا فلا يملك بالقبض فهو تخصيص وان كان
باطلا فهو مفيد خلل في البيع حتى ملك القن المضمون اليه وهذا تخصيص للباطل فليكن فاسدا لخصوصا من حكم الفاسد
ولا حاجة لنا وليله بالباطل قلنا لحن لم نعط حكم الباطل انه لا يدخل في العقد بوجه ليلزم تخصيصه وسنحمد
اللازم على تقرير نا وقيل الفاسد بالباطل وعدمه انا قلنا حكمه ان لا يملك بالقبض غاية الامر انه انتقض ان بعض
ما هو مبيع باطل يدخل في العقد كالمدبر وبعضه لا يدخل كالحر واصل السوال فاسد لانه مغالطة كان قولي في الكبرى
ولو كان كالحر لم يملك القن المضموم اليه ممنوع ولنا يلزم لو كان مثله من كل الوجوه وهو منتف فصار حاصل الصورة
لو كان باطلا كان كالحر في بعض الوجوه ولو كان مثله في بعض الوجوه لم يملك القن المضموم وحينئذ فقدمه
الاستلزام ظاهر **قوله** وان مات ام الولد والمدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وقالا عليه
قيمتها للبايع وقولهما هذا رواية عنه وفي النهاية ان الروايتين عنه في المدبر اما ام الولد فباتفاق الروايات عنه
لا يضمن المشتري وما الغاصب فيضمنها اذا لا تقوم لا ام الولد عنده وانما تضمن بالضمن الصحيح الحر افا غصب وعماه
انه اذا نقلها الى ارض مسبعة او كثير الحيات فماتت بنهش حية او افتراس سبع وفي الدراية على عادة الغاصب كما هو
في غصب الصبي بشرطه اما المدبر فيضمن في البيع والغصب على روايتهما هذا لما مر ضمان المدبر وام الولد انهما مضمونان
بجهة البيع فيكونان مضمونين عليه بالقبض كسايرا لاموال المقبوضة على سوم الشرا وهذا اي كونهما مقبوضين
بجهة البيع لسبب انهما يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضمن اليهما مما يصح تملكه وتملكه واذا قبض بعد لفظ
العقد عليه وهو فيما يصح ان يباع في الجملة على ما ذكرناه من قريب فهو مقبوض بجهة البيع كالمكاتب
لانه في يد نفسه لانه حر بدا لا يضمن بقبضه على احد الروايتين اعني التي تبطل بموته وان دخل تحت البيع اذ لم اليه
القن لا يستحق به حقه القبض وهذا القبض وقد جعل الشارح اليه بقوله وهذا كونهما مضمونين بالقبض
وما صرنا اليه احسن ان شا الله تعالى لان المذكور بعده تعليل للشارح اليه وكونهما مضمونين بالقبض يصح تعليله
بما قبله من كونهما مقبوضين بجهة البيع فيناسب كون التعليل لما لم يعلل اذ لا صلح له وهو صالح بل انصابه ليس الا
عليه فانه دعوى انه مقبوض بجهة البيع ببيان انه يدخل تحت البيع واما كونه مقبوضا فمفروض ووقوعه مساوا ما
تفسير المقبوض بجهة البيع بانه المقبوض ليشتري بعد القبض ان وافقه ولو صح لزم ان لا يضمنا لانهما لم يقبضا
ليشتريا بعد القبض ان وافقا بل قبضا بعد الموافقة واتمام البيع بزعمها فالمذكور تفسير المقبوض على سوم الشرا
فلا يكونان مقبوضين بجهة البيع فلا يضمنان فالحق ان المقبوض اعم من ذلك وهو عما صدقات المقبوض بجهة
البيع فالمقبوض بجهة البيع يصدق على المقبوض في البيع الصحيح والفاسد والباطل وعلى سوم الشرا وذلك
التفسير يخص المقبوض على سوم الشرا وما نحن فيه ليس مقبوضا على صوم الشرا والاصل عين الفرع فالمقبوض
على صوم الشرا هو الاصل فيما نحن فيه والمقبوض بالعقد الباطل هو الفرع المحتوى له ان جهة البيع انما تحق بعقد

البيع فيما يهلك حقيقة كما مر ... البيع انما هو ... يملك المبيع فلا يدخل في ضمان جهة البيع وانما يدخل في ضمان جهة القبض ... فيضمن بالقبض ... الملك فلو اوجبنا ها كان عدوانا محضا بخلاف الغصب ... المدبر عندنا فانه لا يستند ... ذلك للاعتبار وكان بمجرد القبض بغير اذن المالك وهنا الاذن موجود ودخولها في البيع ليس الا ليتمكن حكمه فيما قبض اليها فقط مع انتفاء المانع وهو عدم الصلاحية لما ذكرنا من ثبوتها من قريب فصار كالمشتري لا يدخل في حكم عقده بالقراءة ويدخل اذا قبض البائع اليه مال نفسه وبايعها له صفقة واحدة يجوز البيع في المقبوض بالحصة من الثمن المسمى على الاصح وان كان قد قيل انه لا يصح اصلا في شيء واذا قسم الثمن على قيمتي المضمون وام الولد والمدبر فاعلم ان قيمة ام الولد تكون قيمتها قنة وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا وقيل نصفا وبه يعتبر وتقدم كل ذلك في العتاق

قوله ولا يجوز بيع السمك في الماء بيع السمك في البحار او النهر فان كانت له حظيرة فدخل السمك فاما ان يكونا عدوا او لا فان كان اعدها لذلك فدخل ملكه وليس لاحد ان يأخذه ثم ان كان يوخذ بغير حيلة اصطيادا جاز بيعه لانه مملوك مقدور التسليم مثل السمك في حب وان لم يكن يوخذ الا بحيلة لا يجوز بيعه لعدم القدرة على التسليم عوب البيع وان لم يكن اعدها لذلك لم يملك ما يدخل ولعدم الملك الا ان يصيد لحظيرة اذا دخل بعد ملكه ثم ينظر ان كان يوخذ بلا حيلة جاز بيعه والا لا يجوز ولو لم يصده لذلك ولكنه اخذه ثم ارسله في الحظيرة ملكه فان كان يوخذ بلا حيلة جاز بيعه لانه مملوك مقدور التسليم او بحيلة لم يجز لانه ان كان مملوك فليس مقدور التسليم وقال ابو يوسف في كتاب الخراج رخص في بيع السمك في الاجام اقوام فكان الصواب عندنا في قول من كرهه لما روى ابن المسيب بن رافع عن الحرث العكلي عن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه انه نهى عن بيع السمك في الماء فانه غرر وروى ذلك عن ابن مسعود ومعلوم ان الاجمة قد يوجد منها السمك باليد والعذر الخطر وغير المملوك على خطر ثبوت الملك وعدمه فكذا حصل من بيع الخطر فروع من مسائل النهية حمر وحشية موقوفة في صيد فان كان اخذها الصيد ملكه وليس للمحرم اخذه وان لم يتخنها له فهو لمن اخذه نصب شبكة للصيد فتعلق بها صيد ملكه فلو كان نصبا لبيتهم من بلد فتعلق بها ملكه وهو لمن يأخذه الا ان يأتي فيجوزه ومثله اذا هيأ حجر لوقوع الثلج وفيه ملك ما يقع فيه ولو وقع في حجره ولم يكن هيأه لذلك فلو احد ان يسبق فيأخذه ما لم يلين حجره عليه ولذا من هيأ مكانا للسرقين فله ما طرح فيه عند البعض وفي فتاوى الفضلي خلافه هذا مال اهل سكة بزمزم في ساحة رجل الرافع والذئاب والسرقين هو لمن يسبق سواء كان المكان اه اذا اما النحل فاصله في ارض انسان فهو له بكل حال لانه ليس صيدا بل قائم بارضه كالشجر والزرع والبيض كالصيد وكذا الفرخ ما لم يطر بامواد المكان لذلك قوله ولا بيع الطير في الهواء لانه قبل اخذه غير مملوك وبعد اخذه وارساله غير مقدور التسليم عقيب العقد ثم لو قدر على التسليم بعد ذلك لا يجوز وليس هذا بجواز عند مشايخ بلخ وعليه فتوى الكرخي يعود وكذا عمر الطحاوي وكذا الحكم فيما اذا جعل الطير ثمنا لان العين المجعولة ثمنا مبيع في حق صاحبه وذكر المعتمر ثم لو باع طيرا يذهب ويجيء كالحمام فالظاهر انه لا يجوز وفي فتاوى قاضي خان وان باع طيرا له بيطران كان داجنا يعود لبيته ويقدر على اخذه بلا تكلف جاز بيعه والا فلا وقول المصنف فيما يأتي والحمام اذا علم عودها والمكن تسليما وهو ان يبيعها في موضع مقدور التسليم يوافقه قوله وبيع الحمل بكسر الميم ما في البطن من الجنين وولد النتاج لما في الصحيحين والسنن عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع حبل الحبلة وكان بيعا يتبايعه اهل الجاهلية كان الرجل يبتاع الجزور الى ان تنتج الناقة ثم تنتج التي في بطنها وفي الموطا انا ابن شهاب عن سعيد بن المسيب انه قال ربا في الحيوان وانما نهي عن ثلث من المضامين والملاقيح وحبل الحبلة وانما بطل هذا البيع للغرر فعسى ان لا تلد تلك الناقة او تموت قبل ذلك واما اللفظ الذي ذكره المصنف عن بيع الحمل وحبل الحبلة فغير معروف والملاقيح ما في الارحام جمع ملقوح والمضامين ما في الاصلاب وقيل بالعكس جمع مضمون لتخت الناقة وولدها ملقوح به الا انهم استعملوه بلا واو وضمن الشيء ما تضمنه قوله والا لبن بجر بالجر عطفا على المضاف اليه وتقدير المضاف والرفع على اقامته مقام المضاف للغرر فلعله انتفاخ وبه قال ان في واحد واجاز مالك اياما معلومة اذا عرف قدرها وبكون تسليمه بالتخلية كبيع التمر على رؤس النخل وهو مروي بالنهي عن بيع الغرر ولانه يتنازع فيه كبيضة الحلب في الاستقصاء وعدمه وهو نزاع في التسليم والتسلم وما وضعت الاسباب لا لتقطعه فبطل قول الكعلة ذلك وبجواز

ان بحدث ... قبل قلب فيختلط ... البائع ... المبيع ... وهو ... ظهر الغنم ... من ارضاعها الجوان لانه يتعذر به ... وهو ... ساعة فساعة فيختلط المبيع بغيره بحيث يتعذر التمييز بخلاف القوائم اي قوائم الحلاب لانها تزيد من اعلاها ويعرف ذلك بان توضع في مكان من القائمة علامة فانها بعد ذلك تقصر اسفل وبرتفع عن راس القاية ويرتفع غيرها مما يزيد من اسفل فالزائد يكون في ملك المشتري وقال الامام الفضلي الصحيح عندي ان بيع القوائم الحلاب لا يجوز لانه وان كان يتميز اعلاه فموضع القطع مجهول فهو كما اشترى تجرة على ان يقطعها المشتري لا يجوز لجهالة موضع القطع وما ذكره من منع بيع الجزة ليس متفقا عليه بل هي ظاهر مذهب من منعها اذ لا يدري القطع من خوار الارض ومنهم من اجازها للتعامل بخلاف الفصيل لانه يتبع فلا تتارع فجاز بيعه فانيا في الارض قال المصنف وقد صح انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى تذهب عاهتها اخرجه وذلك ان الطبراني قال ثنا عثمان بن عمر العبسي ثنا حفص ابن عمر الحوضي ثنا عمر ابن فروخ ثنا حبيب ابن الزبير عن عكرمة عن ابن عباس قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تباع ثمرة حتى تطعم وان يباع صوف على ظهور الا بن بضرع واخرجه الدارقطني والبيهقي عن عمر بن فروخ قال الدارقطني وارسله وبيع عن عمر بن فروخ ولم يذكر ابن عباس وهذا السند حجة وقول البيهقي تفرد به عمر بن فروخ وليس بالقوي لا يضره فانه ان كان كما قال فالمرسل حجة كالمرفوع لكن الحق خلاف ما قال في تضعيف ابن فروخ فقد نقل الذهبي توثيق عمر بن فروخ عن اية الشان كابي داود وابن معين وابي حاتم والرفع زيادة وهي من الثقة مقبولة ورواه ابو داود مراسيل عن عكرمة عن النبي صلى الله عليه وسلم ورواه ابن ابي شيبة في مصنفه بسنده عن عكرمة عنه عليه السلام انه نهى ان يباع لبن في ضرع او سمن في لبن ورواه الدارقطني في سننه عن وكيع عن عمر ابن فروخ عن حبيب ابن الزبير عن عكرمة عن النبي صلى الله عليه وسلم بلفظ ان ليث شيبة ورويت مرفوعا عن ابن عباس في مراسيل ابي داود كذا رواه الشافعي رحمه الله عليه قال اخبرنا سويد عن موسى ابن عيسى عن سليمان ابن يسار عن ابن عباس انه كان ينهى عن بيع اللبن في ضرع الغنم والصوف على ظهورها وعرف بذلك ان كل ما يباع في علافة لا يجوز كاللبن في الضرع واللحم في الشاة الحية او ميتة او اليها او اكارعها او جلودها او دقيق في الحنطة او سمن في هذا اللبن وبخوذلك من الاشياء التي في خلقة لا يمكن اخذها وتسليمها الا بافساد الخلقة والجوب في قشرها مستثنى من ذلك باسلفناه والذهب والفضة في ثمنيتها بخلاف جنسها والله الموفق قوله وجذع من سقف بالجواز لا يجوز بيع جذع من سقف وذراع من ثوب اي ثوب بيض القطع كالعمامة والقميص اما ما يضر القطع كالدراس فيجوز وقول الطحاوي في اجر من حائط او ذراع من كرباس او دباغ لا يجوز ممنوع في الكرباس او محمول على كرباس يتعيب به اما ما لا يتعيب فيجوز كما يجوز بيع قفيز من صبرة وكذا لا يجوز بيع عليه من سيف او نصف زرع لم يدرك لانه لا يمكن تسليم الا بقطع جميعه وكذا بيع قفص حامل مركب فيه وشاة نصيبه من ثوب مشترك من غير شريكه وذراع من خشبة للزوم الضرر في التسليم كل ذلك واورده عليه انه ضرر يلزم البائع اجيب بانه التزم العقد واضر فيه وبخفى ما فيه وقول المصنف الا ان يرضى فله ان يرجع فيبطل البيع الا ان يقلعه او يقلعه فيسلمه قبل نقض البيع فينقلب صحيحا لذلك فان الرجوع لا يملك مع الملزم وهو التزام العقد بما فيه من الضرر واما ابراد المحاباه فدفع بانه ليس فيها استهلاك مال الغير بدون بيع الحباب التي لا تخرج الا بقلع الابواب على ما مر لان اجاز البيع قد شمله واجيب بان المنقب الجدران دون الحباب وهذا بعيد ان المنظور اليه في المنع تعيب المبيع والكلام السابق يفيد انه تعيب غير المبيع وهو الظاهر والحق انه لا بد من سبق حاكم بمنع هذا وما الحق هذا به هو المعول عليه وذلك هو الحديث السابق من نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع اللبن في الضرع والسمن في اللبن افاد ان المنع انما كان لتعيب المبيع لا يعيب فيه وضرر بغير المبيع فان اللبن يزيد خلقة مرارا بتسليم السمن والظهر من هذا ثبوت الاجماع على عدم جواز بيع الطير في الهواء وبيع الحيوان قبل ان يشاء ولدها وهو معلل بما يلزم في التسليم من الضرر على البائع في غير المبيع فخرج بيع الحباب التي تخلق في تسليما لجميعها الى اخر الابواب على من يصحح بيعها قوله ولو لم يكن معيبا يعني الجذع والذراع لا يجوز لما ذكر ان لزوم الضرر والجهالة وعلم ان هذا فيما يتعيب بالتبعيض ويختلف بخلاف درهم من قطيع نقوه ولو قلع البائع الجذع وقطع الذراع بعد العقد صحيحا لزوال المفسد قبل نقض البيع ولو فعل بعد الفتح لا يجوز وقوله بخلاف اما اذا باع النوى في التمر او البزر في البطيخ وكسرها وهو البزر والنوى قبل الفتح لا يبدو صحيحا لان الفساد للضرر اذ لا وجود لها لجنانه لكان كبيع بالبيع فوقع باطلا بخلاف الجذع فانه عين بحرسة قائمة واما بعد للزوم الضرر فاذا تحمله البائع حله قبل الفتح وقع التسليم في بيع

صحيح لان الغرض ان البيع قائم بالمبيع وصف الفساد قبل زوال البيع صار بالضرورة بيعا لا فاسدا وهو معنى الصحيح
فهذا معنى قولهم انقلب صحيحا خلافا للاول وقع باطلا وهو معنى الفاسد وشرعا فليس هناك بيع قائم ليزول المبطل فينقلب بيعا لا بطلان
بل اذا زال المبطل بقي ملك المبيع بلا مانع من ابرام العقد الصحيح عليه وعدم المانع من ابرام العقد الصحيح وابجاده ليس وجود البيع
الصحيح ونقض بعدم جواز البيع فيما اذا باع جلد شاة معينة او كوشها او سواد بطنها وذرعها واعطاه ذلك حيث لا ينقل جايزا
مع انه تحمل الضرر بانا نمنع هناك لعلة اخرى غير لزوم الضرر في المسلم وهو كونه متصلا منفصلا له خلقة
والمنفي بنعه وهو النهي عن الصوف على الظهور واللبن في الضرع والسمن في اللبن وقد يقال لا اثر لذلك فيما فيه الكلام وهو انه
اذا زال المانع بالنوع والفصل فان قيل بتناوله بعد الفصل النهي عنه قبل الفصل وحين وقع وقع منهيا قلنا وكذا الجذع في السقف
سواء **قوله** وضربه الغائص بالرفع والجر على قياس ما تقدمه وهو الصايد يقول بعتك ما تخرج من الغاصة الشبكة مرة بكذا
وقيل ما لعنى والي الغايص قال في تهذيب الازهري نهى عن ضربة الغايص وهو العواص يقال اغوص غوصة فما اخرجه من اللآلي
فهو لك بكذا او هو بيع باطل لعدم ملكه البايع المبيع قبل العقد فكان غررا وجهالة ما تخرج **قوله** وبيع المزابنة وهو
بيع الثمر على النخيل بتمر محذود ومثل كيله خرصا لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزابنة في الصحيحين من حديث جابر نهى رسول الله
صلى الله عليه وسلم عن المزابنة والمحاقلة وزاد مسلم في لفظ وزعم جابر ان المزابنة بيع الرطب في النخل بالتمر كيلا والمحاقلة في
الزرع على نحو ذلك بيع الزرع القايم بالحب كيلا واخرج البخاري عن انس قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمخابرة
والملامسة والمزابنة وقول المصنف مثل كيله خرصا الخرص الحزر وكذا العنب بالزبيب لا يجوز ومعنى النهي انه
مال الربوا فلا يجوز بيعه بجنسه مع الجهل بتساويهما كما لو كانا موضوعين على الارض وقال الشافعي رحمه الله تجوز المزابنة
بالتمر الذي كرنا جاد ورخصة اوسق لما في الصحيحين من حديث ابي هريرة انه صلى الله عليه وسلم رخص في بيع العرايا وفي
الصحيحين ايضا عن ابن عمر عن زيد ابن ثابت رخص عليه السلام في بيع العرايا ان تباع خرصا وفي لفظ رخص في العرية
ان يوخذ مثل خرصا تمرا ياكلها رطبا وواقق الشافعي احمد في ذلك الا انه لم يجوزها الا للضرورة قال الطحاوي عابت هذه
الاثار وتواترت في الرخصة في بيع العرايا بخرصها اهل العلم جميعا ولم يختلفوا في صحة مجيها ولكنهم تنازعوا في تاويلها
فقال مومن العرايا ان تكون له النخلة او النخلتان في وسط النخل الكثير لرجل اضر فالوا وكان اهل المدينة اذا كان وقت الثمار
جروا بايديهم الى حوايطهم فيجي صاحب النخلة او النخلتين فيضرب ذلك بصاحب النخل الكثير فرخص صلى الله عليه وسلم لصاحب الكثير
ان يعطيه خرصها من ذلك تمرا لينصرف هو واهله عنه وروي هذا عن مالك قال الطحاوي وكان ابو حنيفة يقول فيها
سمعت احمد بن ابي عمران يذكر انه سمع من محمد ابن سماعة عن ابي يوسف عن ابي حنيفة قال معنى ذلك عندنا ان يجري الرجل
الرجل نخلة من نخله فلا يسلم ذلك اليه حتى يبدو له فرخص له ان يحبس ذلك ويعطيه مكانه تمرا قال الطحاوي
وهذا التاويل اشبه واولى مما قال مالك لان العرية انما هي العطية الاترى الى الذي مدح الانصار كيف مدحهم اذ يقول ليست
بسنتها ولا رجبية ولكن عرايا في السنين الجوايح اي انهم كانوا يعرون في السنين الجوايح اي يهبون ولو كانت كما قال ما كانوا يمدحون
بها اذا كانوا يعطون كما يعطون والحق ان قول مالك قول ابي حنيفة هكذا حكاه عنه محققو اصحابه واستدل عليه بان العرية
مشهورة بين اهل المدينة متداولة بينهم كذلك ثم على قولهم تكون العرية معناها النخلة ولا يوقف ذلك في اللغة وتخصيص ما دون
خمسة اوسق او خمسة اوسق لانهم كانوا يعرون هذا المقدار وما قرب منه ومعنى الرخصة هو رخصة ان تخرج من خلاف
الوعد الذي هو تلك النفاق باعطاء هذا التمر خرصا وهو غير الموعود دفعا للضرر عنه ولكونه اخلاف الوعد تلك النفاق
تقاعس عبد الله ابن عمرو بن العاص انه حين حضرته الوفاة قال زوجوا ابنتي من فلان فانه كان سبق اليه من شبه الوعد فلا الى
ان تلك النفاق وجعله تلك الحديث عنه صلى الله عليه وسلم علامة المنافق ثلاث اذا حدث كذب وان وعد اخلف وان ايتمن
خان واما ما ذكر من تاويل العرية الامام موفق الدين روى محمود ابن لبيد قال قلت لزيد بن ثابت ما عراياكم هذه التي
ذكرتم محتاجين من الانصار شكوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الرطب ياتي والنقد بايديهم يبتاعون به رطبا ياكلونه
وعندهم فضول من تمرهم فرخص لهم ان يبتاعوا العرية بخرصها من التمر ياكلونه رطبا وقال متفق عليه فقد وهم في ذلك فان هذا لفظ
في الصحيحين بل وفي اي السنين وفي اي شئ من الكتب المشهورة قال الامام الزيلعي مخرج الحديث ولم اجد له سندا بعد الفحص
البالغ ولكن ذكر في كتابه في باب العرايا من غير اسناد **قوله** ولا يجوز البيع بالتبن للجهل والملامسة لما قوله وقد

روى نهى النبي صلى الله عليه وسلم الى اخره ففي الصحيحين من حديث ابي سعيد [illegible] والمنابذة فاذا مسلم اما الملامسة فان يلمس كل منهما ثوب صاحبه بغير تامل قبل لزوم البيع من غير خيار له عند الرؤية وهذا بان يكون
متلاقي الحلة او يكون مطويا مرتبا يتفقان على انه اذا لمسه فقد باعه منه وفسادة لتعليق التمليك على انه متى لمسه وجب البيع
وسقط خيار المجلس والمنابذة ان ينبذ كل واحد منهما ثوبه الى الاخر ولم ينظر كل واحد منهما الى ثوب صاحبه على جعل النبذ بيعا وهو
كانت بيوع متعارفة بينهم في الجاهلية وكذا الذي انجر ان يلقي حصاة وثمة ثواب فاي ثوب وقع عليه كما لو باعه بلا تامل ورويه
واخيارا بعد ذلك وانما ليس شراءها على ذلك الشرط والاول اوفق بين كون المبيع معينا فاذا نزاوضا فانما عليه لزم المشتري
قليس له ان يقبل او غير معين كما ذكرنا ومعنى النهي كل من الجهالة وتعليق التمليك بالخطر فانه في معنى اذا وقع حجري على ثوب فقد
بعته منك او مقتضيه بكذا واذا نبذته او لمسته والتساوم تفاعل من السوم سام البايع السلعة عرضا للبيع وذكر فخرا واسا ما
المشتري معنى استاما وسوما ومنه نهى ان يسوم الرجل على سوم اخيه اي لا يطلب البيع ويراوض فيه حال مراوضة اخيه فيه لانه
معنى البستري على كما قيل بل نهيه عن السوم بتبت النزاما فانه اذا نهى عن التكلم في الشراء فكيف بحقيقة الشراء **قوله** ولا يجوز
بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع الا ان يكون على هذا الوجه وهو ان يقول بعتك واحدا منهما على انك بالخيار ثلاثة ايام شيت
فانه يجوز استحسانا وتقدم ذكرها مبسوطا في خيار الشرط **قوله** ولا يجوز بيع المراعي ثمرها منفسوها بالملاء فعلوم ان يراد
مكان الرعي فانه جايز وان اجارتها اما البيع فلانه ورد على ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه استراك الماء في ملك ولانه لا يحصل
به للمشتري فايدة فان المقصود من الملك تحصيل بالبيع اذ تملكه بدونه للحديث الذي رواه ابو داود في سننه في البيوع عن
حرير ابن عثمان عن ابي خداش عن ابن زيد عن رجل من الصحابة رضي الله عنهم قال غزوت مع النبي صلى الله عليه وسلم ثلاثا اسمعه
يقول المسلمون شركاء في ثلث في الماء والكلاء والنار رواه احمد في مسنده وابن ابي شيبة واسد ابن عدي في الهاملي عن احمد وابن
عيينة انما هو الى حرير ثقة وجهالة الصحابي لا تضر ومعنى الشركة في النار الاصطلاء بها وتخفيف الباب يعني اذا اوقد رجل نارا
فلكل ان يصطلي بها اما اذا اراد ان ياخذ الجمر فليس له ذلك باذن صاحبه كذا ذكر القدوري ومعناه في الماء المشرب وسقي الدواب
والاستقاء من الآبار والحياض والانهار المملوكة وفي الكلاء ان له احتشاشه وان كان في ارض مملوكة غير ان لصاحب الارض ان يمنع
من الدخول في ارضه واذا منع فليس له ان يقول الله تعالى خلقها لنا فاما ان نوصل اليه واما ان نحتشه او نشتري ونتفقه
الى صاحب كتوب رجل وقع في دار رجل اما ان ياذن للمالك في الدخول ليا خذه واما ان يخرجه اليه اما اذا احرز الماء بالاستقاء
في اينة والكلاء بقطعه جاز احتشاشه بيعه لانه بذلك ملكه وظاهر ان هذا اذا نبت بنفسه فاما لو كان ستى الارض وامدها
للانبات فنبت ففي الذخيرة والمحيط والسراج لا يجوز بيعه لانه ملكه وهو مختار الصدر الشهيد وكذا ذكر في اختلاف ابي حنيفة
وزفر نبت الكلاء بانباته جاز بيعه **ولذا الوصف** حول ارضه وهيا ها للانبات حتى نبت العشب مار ملكا له ولا يجوز بيع كماة
في ارضه قبل ان يقلعها وبما قال القدوري لا يجوز بيع الكلاء في ارضه وان ساق الماء الى ارضه وحشه موونة لان الشركة
فيه تامة وانما تقطع باحياز وسوق الماء الى ارضه ليس باحياز والاكثر على الاول الا ان على هذا القايل ان يقول ينبغي ان يجوز
البئر مملوكا بناؤها ويكون بمنزلة الحفر والطي لتحصيل الماء مملوك الماء لا يملك الكلاء بتكلفه سوق الماء الى ارضه لم ينبت فلم منع
المستقي وان لم يملك في ارض مملوكة له ثم الكلاء ذكر الحلواني عن محمد انه ما ليس له ساق وما له ساق ليس كلاء وكان الفقيه
يقول هو ايضا كلاء وفي المغرب هو كل ما رعته الدواب من رطب ويابس وهو واحد الاكلاء واما الاجارة فلانها الوحدت ملك
بعض الاعيان وحكم ليس الاملاك المنافع فلو اذا كانت الاعيان الله لانه منفعة العمل المستحق بالصنع واللبن في استيجار الظيور فملك
بعد اقامة العمل شيئا اما ابتداء فلا وكذا الواسطة حجرة ليشرب لبنها لا يجوز مع انها عقدت على استهلاك عين مملوكة فهذا
اولى لانها على استهلاك عين غير مملوكة وهل الاجارة فاسدة او باطلة ذكر في الشرب انها فاسدة حتى ملك الاجر الاجرة
بالقبض وتنوعت فيه وقيل في لبن الاوسط انه يجب حكم المنفعة شرعا بدليل ان عينه لا يجوز بيعه والحاضن متلفه
والحيلة في ذلك ان يستاجر الارض ليضرب فيها فسطاطه وليجعله حظيرة لغنمه ثم ليستتبع المرعى فيحصل مقصودهما **قوله**
ولا يجوز بيع النحل عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يجوز اذا كان محرزا وهو قول الشافعي رحمه
الله لانه منتفع به حقيقة وشرعا معتاد ورد التسليم اذا كان محرزا فيجوز بيعه وان كان لا يوكل كالسمك والحمار يجوز بيعهما
وان لم يوكلا للانتفاع بهما والعذر في تسليمها ولابي حنيفة وابي يوسف انه من الهوام فلا يجوز بيعه كالا يجوز بيع الزنبور

والعقرب والزنبور والحية والهر الوحشي وهو الذي يتغذى من الحوام لانه غير منتفع به واما الانتفاع بما يتولد منه كالبعير
كلام الجمل لانه ينتفع به في ثاني الحال فعلى حادث ما يتولد منه لا ينتفع به بل هو في نفسه هامة من الهوام وكذا قال في
الجامع الصغير ان وجد بها عيبا يكم يرده اشارة الى ان النحل اليفة لها هي لو باعه نبعا للكوارة فيما عسل او هو فيها جاز ذكره الكرخي
كالشرب والطريق وقال القدوري انه حكى عن ابي الحسن الكرخي انه كان ينكر هذه الطريقة ويقول انما يدخل في البيع تبعا
ما هو من حقوق المبيع واتباعه والنحل ليس من حقوق العسل الا انه ذكر في جامعه هذا التخليل بعينه عن ابي يوسف والنبعية
لا تنحصر في الحقوق كالمفاتيح فالعسل تابع للنحل في الوجود والنحل تابع له في المقصود بالبيع والكوارة بضم الكاف وتشديد
الواو معسل النحل اذا سوي من طين وفي التهذيب كوارة النحل مخففة وفي المغرب سميت الكوارة من غير تشديد وقيدها الزمخشري بضم الكاف
وفي الغريبين بالضم قوله ولا يجوز بيع دود القز عند ابي حنيفة رضي الله عنه لانه من الهوام وعند ابي يوسف يجوز اذا ظهر فيه الغزل
تبعا له واذا باع بزر القز الذي يكون منه الدود وعند محمد يجوز لكن ما كان للكونه منتفعا به واجاز السلم فيه لحلاة اوانه
وقته وجعل منتهى الاجل في وقته وهو ما يتقدم في مسيله فتبا وهو ان المنتفع به ما يخرج منه مقبلا يكون غير منتفع به والكلام
في بيعه حينئذ والوجه قول محمد للعادة والضرورة وقد ضمن محمد متلف كامن النحل ودود القز وفي الخلاصة في بيعها كال الغوص
على قول محمد ثم لا يخفى ان محمدا ناسب اصله في مسئلة بيع النحل في الغزل بجوازه وابو حنيفة كذلك في قوله بدوره واما ابو يوسف
ينبغي ان يقول مثله في النحل وما قدمه المصنف في النحل عن الكرخي من جوازه اذا بيع تبعا للكوارة ظاهره انه يجوز بالاتفاق
حينئذ وعليه هذا يجب ان لا يختلف ابو حنيفة مع ابي يوسف في دود القز بل يقولان معا ان كان وحده لا يجوز لانه من الهوام
وان كان تبعا للقز فيقولان بالجواز فيهما فالمعنى لافراد ابي حنيفة في هذن وقران ابي يوسف معه في تلك والاتفاق على عدم جواز
بيع ما سواهما من الهوام كالحيات والعقارب والوزغ والعضاة والقنافذ والجعل والضب ولا يجوز بيع شيء من الجوارح
كالسمك كالضفدع والسرطان والعضاية والثعالب والسلحفاة وفرس البحر وغير ذلك وقال محمد اذا كان الدود ورق
التوت منفردا والعمل من اخر على ان يكون القز بينهما نصفين او اقل او اكثر لا يجوز وكذا لو كان العمل منهما وهو بينهما نصفان
وفي فتاوى اللواجي امرأة اعطت امرأة بزر القز وهو بزر الفيلق بالنصف فقاسمت عليه حتى ادرك فالفيلق لصاحبه البزر
لانه حدث من بزرها وفي صاحبة البزر قيمة الاوراق واجر مثلها ومثله اذا دفع بقرة لها اخر بعلفها ليكون الحادث
بينهما بالنصف فالحادث كله لصاحب البقرة وله على صاحب البقرة ثمن العلف واجر مثله وعلى هذا اذا دفع الدجاج ليكون
البيض بالنصف قوله والحمام اذا علم عددها ولم يمكن تسليمها جاز بيعها اما اذا كانت في برجها ومخارجها مسدودة فلا اشكال
في جواز بيعها واما اذا كانت في حائل طيرانها فهو معلوم بالعادة انها تجيء فكذلك لان المعلوم عادة كالواقع فكان مملوكا مقدور
التسليم ويجوز بيعه لكونه لا يعود او عرض عدم عوده لا يمنع جواز البيع كبيوض الهلاك البيع قبل القبض فانه لا يمنع جواز البيع
ثم اذا عرض الهلاك الفسخ كذا هنا اذا فرض وقوع عدم العود ها قبل القبض انفسخ وصار كالظبي المرسل في برقانه
يجوز وان حاز ان لا يعود قوله ولا يجوز بيع الآبق الا بتوابعه ان لم يكن عند المشتري لا يجوز بيعه باتفاق الايمة الاربعة
ويجوز عتقه غير انه اذا اعتقه عن كفارة اشترط العلم بحياته ويجوز هبته لابنه الصغير او يتيم في حجره خلاف
البيع لابنه الصغير حيث لا يجوز لان شرطه القدرة على التسليم عقيب البيع وهو منتف وما بقي له من اليد تتعلق القبض الهبة
ولا تصح لقبض البيع لانه قبض بإذن ما انتقض من مال الابن وهذا قبض ليس بإذنه مال الخارج من مال الولد فكذلك تلك
اليد له نظر للصغير فانه لو عاد دعا عاد على ملك الصغير ولهذا اجزنا بيعه ممن ذكرانه في يده لثبوت التسلم والمقصود
من القدرة على التسليم ثبوت التسلم فاذا كان ثابتا حصل المقصود بخلاف ما لو باع المشتري برجل سمه وقال عبدك
الآبق عند هذا فقبضته وانا اقبضه منه واعترف ذلك الرجل لا يجوز بيعه لان التسليم فعل غيره وهو لا يقدر على
فعل غيره ولا يجوز واذا جاز بيعه هل يصير قابضا في الحال حتى لو رجع فوجده هلك بعد وقت البيع يتم القبض والبيع
ان كان حين قبضه استهدابه قبض من اليد وهو على ما كله لا يصير قابضا لان قبضه هذا قبض امانة حتى لو هلك قبل
ان يصل اليه سيده لا يضمنه وقبض الامانة لا ينوب عن قبض البيع فان هلك قبل ان يرجع اليه انفسخ البيع ورجع
بالثمن وان لم يشهد يصير قابضا لان قبضه اذا لم يشهد قبض غصب وهو قبض ضمان كقبض البيع ولو عاد من اباقه
وقد باعه ممن ليس عنده هل يعود البيع جائزا اذا سلمه فقيل ظاهر الرواية لا يعود صحيحا وهو مروي عن محمد اذا اباع

حرا فقتل قبل التسليم او باع طير الحوائج احد لا يعود صحيحا وهذا اذا كان البيع باطلا وهو ما فات ابو حنيفة جائز كان
وجود الشرط نجب كونه عند العقد وبذر واية اخرى عن محمد وهو رواية عن ابي حنيفة يجوز لغنام المالية والملك وفي
الآبق ولذا صح عتقه فكان كبيع المرهون اذا اعتقه قبل الخصومة وفسخ القاضي للبيع وبه اخذ الكرخي وجاعة من المشايخ
حتى اذا امتنع البائع من تسليمه او المشتري من قبوله اجبر عليه ذلك لان صحة البيع كانت موقوفة على القدرة على التسليم
وقد وجد قبل الفسخ بخلاف ما اذا رجع بعد ان فسخ القاضي البيع او تخاصما فانه لا يعود صحيحا اتفاقا وهذا يقتضي ان البيع
فاسد فالحق ان اختلاف الرواية والمشايخ فيه بناء على الاختلاف في انه باطل او فاسد فانك علمت ان ارتفاع المفسد
في الفاسد يرده صحيحا لان البيع قائم مع الفساد وارتفاع المبطل لا يرجع لان البيع لم يكن فانيا بصفة البطلان بل يعود
فوجه البطلان عدم القدرة على التسليم ووجه الفساد وقيام المالية والملك والوجه عندي ان عدم القدرة على التسليم
مفسد لا مبطل وهذا مما يخرج فيه الخلاف فانهم اختلفوا في بيع الطير في الهواء ان كان اخذه ثم ارساله فانه يخرج
عن ملكه وقد اختلفوا فيما لو اخذه بعد بيعه وسلمه فطاب عنه مع الكرخي يعود جائزا والبلخيون لا يعود جائزا فالضرورة
ان من قال بالجواز تأمل بانه فاسد مع عدم القدرة على التسليم وقول من قال المحلية لكونه مالا مملوكا مقدور التسليم
لن عن محلية البيع الصحيح فنعم والا فلا بل محل البيع المال المملوك للبائع او غيره فان كان له فنافذ والا فموقوف
والا فذا ما صحيح ان كان مبيعه مقدور التسليم لبس فيه شرط فاسد والا ففاسد واما حديث النهي عن بيع الآبق فمروي
اسحق بن راهويه اخبرنا مويد بن عبد العزيز الدمشقي ثنا جعفر بن الحارث او الاشهب الواسطي حدثني محمد بن سوقة
ابن ابراهيم التيمي عن ابيه عن ابي سعيد الخدري ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن شراء ما في بطون الانعام حتى تضع وعن بيع
ما في ضروعها وعن بيع العبد وهو آبق ورواه ابن ماجة بسند فيه جهضم بن عبد الله عن محمد ابن ابراهيم عن محمد ابن زيد
العبدي عن شهر ابن حوشب عن ابي سعيد الخدري برفعه الا انه قال وعن شراء العبد وهو آبق وعن شراء المغانم حتى
تقسم وعن شراء الصدقات حتى تعبض وعن ضربة الغائص وشهر مختلف فيه وقال ابو حاتم ان محمد ابن ابراهيم مجهول
وقيل فيه انقطاع ايضا وعلى كل حال فالاجماع على ثبوت حكمه دليل على ان هذا المصنف بحسب الظاهر صحيح في نفس الامر
قوله وبيع لبن امرأة في قدح لهذا القيد لبيان منع بيعه بعد انفصاله عن محله فانه لا يكون في قدح الا بعد
انفصاله اما عين الغدية فليس قبل بل سائر الاوان واما هو فبيد باعتبار لازمه وهو انفصاله عن ثغره كيلا يظن
ان امتناع بيعه ما دام في الضرع لغيره بل على سائر احواله لا يجوز بيعه والبيض متلفه وهو مذهب مالك واحمد وعند
الشافعي يجوز لانه مشروب طاهر فيجوز بيعه ونحن نمنع انه مشروب مطلقا بل للضرورة حتى اذا استغنى عن الرضاع
لا يجوز شربه والانتفاع به بحرم حتى منع بعضهم صبه في العين الرمدة وبعضهم اجازه اذا عرف دواءه البراز ونزول
هو جزء الادمي وهو مكرم مصون عن الابتذال بالبيع والفرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة ولبن الامة وعن ابي يوسف
يجوز في لبن الامة لانه يجوز ايراد العقد عليه كلا فيجوز على جزء ما قلنا الجواز تبع المالية والمالية للانسان انما كان
محلا للرق وهو للحي واحيوان في اللبن وان العتق فوق شرعية حاصلها قدرة تثبت له شرعا على نقرات شرعية
تزول على الرق فترفعه ولا بد من اتحاد محلها وليس اللبن محل تلك القدرة فان قيل اجزاء الادمي مضمونة فيجب كون اللبن
كذلك يقضي بالاتلاف اجيب بمنع ضمان اجزائه مطلقا بل المضمون ما انتقص من الاصل حتى لو نبتت السن التي قلعت لا ضمان
لها ما ليستوفي بالوطي فانه مضمون وان لم ينقص شيئا تعليظا لامر البضع فجعل ما يستوفى بالوطي في حكم النقص كلاف
من جز صوف شاة فانه يضمن وان نبت غيره وبالتالف اللبن لا ينتقص شيء من الاصل وان حرمة المصاهرة تثبت بشربه
في اشاعته ببيعه فتح لباب فساد الانكحة فانه لا يقدر على ضبط المشترين والبائعين فيشيع فساد الانكحة
بين المسلمين وهذا وان كان يندفع اذا كانت حرمة شربه شائعة بالدار فيعلم ان شراءه ليس الا لمنفعة اخرى كثيرا
الامة المجوسية بعد استبرائها وحرمة وطئها شرعا لكنهم يجيزون شربه للكبر هذا وقد اسند الفقيه ابو الليث الى محمد بسند متصل
قال سمعت الفقيه ابا جعفر يقول سمعت الفقيه ابا القاسم احمد ابن حمد قال قال نصير ابن يحيى سمعت الحسن ابن زياد يقول سمعت محمد ابن الحسن يقول اجواز اجارة الظئر دليل على ان بيعه لما جازت الاجارة ثبت ان سبيله سبيل المنافع
وليس سبيله سبيل الاموال لانه لو كان مالا لم تجز الاجارة الا ترى ان رجلا لو استاجر بقرة على ان يشرب لبنها لم تجز الاجارة فلما جاز

اجارة الظرتبة ان لبنا ليس بالاهانة واما الصنف بانه عمل للبيع بانا الادمي مكرم بجميع اجزايه فلا يتبذل بالبيع وسياتي
باقيه قوله وبايع شعر الخنزير لانه بجميع العين فلا يجوز بيعه اهانة له اورد عليه انه جعل البيع هنا دليل الحرمة اهانة مانعة
من جواز البيع لزوم الاكرام والبيع ينفيه وحوله في مسئلة بيع الخمر والخنزير جوازا قبطل للزوم الاهانة شرعا والبيع اعزاز
وهذا ناقض لجواب ان العمل الواحد قد يكون بالنسبة لمحل اهانة وبالنسبة الى اخر اكرام مثلا لو امر السلطان بعض سياسيه
الدواب ان يلازم الوقوف بالحضرة مع الواقفين كان غاية الاكرام له ولو امر القاضي بذلك كان غاية الاهانة له فالخمر والخنزير
في غاية الاهانة شرعا فلو جعل مبيعا مثلا لا يتبذل معزز كالدراهم او الثياب كان غاية الكرامة والامر هي يكرم شرعا وان كان كافرا
فاراد العتز عليه وابتذاله به والحاقه بالجمادات اذا له هذا وتعليل المصنف بالنجاسة لمنع البيع يرد عليه بيع السرقين
فالمعول عليه التعليل بالانتفاع والحاجة اليه مع امكان وجوده مباح الاصل فلا شايع ثم يجوز الانتفاع به للضرورة فان
الحرائر لا تباشر ذلك العمل بدونه وهو يوجد مباح الاصل فلا حاجة الى بيعه فلم يكن بيعه في محل الضرورة حتى يجوز وبحمل هذا
قال الفقيه ابو الليث قلوا لم يوجد الا بالشراء جاز شراؤه لشمول الحاجة اليه وقد قيل ايضا ان الضرورة ليست ثابتة
في الخرز به بل يمكن ان يقام غيره وقد كان ابن سيرين لا يلبس خفا خرز بشعر الخنزير فعلى هذا لا يجوز بيعه ولا الانتفاع به وروى
ابو يوسف كراهة الانتفاع به لان ذلك العمل يتاتى بدونه كما ذكرنا الا ان يقال ذلك قد دخل مسته في خاصة نفسه فلا
يجوز ان يلزم العموم حرجا مثله ثم قال ابو يوسف انه لو وقع في ما قليل افسده وعند محمد لا يتجسس به لان محل الانتفاع
دليل طاهرته والصحيح قول ابي يوسف لان حكم الضرورة لا يتعداها وهي في الخرز فتكون بالنسبة اليه فقط كذلك وما
ذكر في بعض الموضع من جواز صلوة الخرازين مع شعر الخنزير وان كان اكثر من قدر الدرهم ينبغي ان يخرج على القول
بطهارته في هؤلاء اما على قول ابي يوسف فلا وهو الوجه فان الضرورة لم تدعهم الى ان يعلق بهم بحيث لا يقدرون على الامتناع
عنه ويتجمع في ثيابهم هذا المقدار قوله وبايع بيع شعر الانسان قولنا لطهارته ولا الانتفاع به لان الادمي مكرم غير
مبتذل فلا يجوز ان يكون شيء من اجزايه مهانا ومبتذلا وفي بيعه اهانة له وكذا في امتهانه بالانتفاع وقد قال صلى الله
عليه وسلم فيما ثبت عنه في الصحيحين لعن الله الواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة والواصلة هي التي تصل الشعر بشعر
النساء والمستوصلة المعمول بها بان تفعل ذلك بنفسها او برضاها وهذا اللعن للانتفاع به الا ترى الى انه رخص في اتخاذ
العرا سيل وهو ما يتخذ من الوبر ليزيد في قرون النساء التكثير فظهر ان اللعن ليس للتكثير مع عدم الكثرة والمنع الوسايل
وامثل ان الزينة حلال تعالى قل من حرم زينة الله التي اخرج لعباده فلو لزوم الاهانة بالاستعمال الحاق وصلها بشعور
النساء ايضا وفي الحديث لعن الله النامصة والمتنمصة ايضا والنامصة هي التي تنمش الحاجب لترققه والمتنمصة
التي تفعل بها ذلك قوله وبايع جلود الميتة قبل ان تدبغ لانها غير منتفع بها قال صلى الله عليه وسلم لا تنتفعوا من
الميتة باهاب وتقدم في الصلوة تخريجه وتقريره وخلاف فيه هذا فان قيل نجاسة ليس الا لما جاور رطوبات
النجسة فهي متنجسة فكان ينبغي ان يجوز بيعها كالثوب النجس اجيب بان المتنجس منها باعتبار اصل الخلقة فلم يزايله في
العين الجلد فعلى هذا يكون الجلد نجس العين بخلاف الثوب والدهن النجس فان النجاسة فيه عارضة ولا تقرير به حكم الثوب
بها فيه وهذا السؤال ليس في تقرير المصنف ما يرد عليه او الاحتاج الى الجواب عنه فانه ما علل المنع الا بعدم الانتفاع
به وانما يرد عليه من علل بالنجاسة وكان ينبغي ان يعلل بها بطلان بيع اصلا فان بطلان البيع دار بين حرمة الانتفاع وهي
عدم المالية فان بيع السرقين جايز وهو نجس العين للانتفاع به كما ذكرنا واما جواز بيعها بعد الدباغة فلحل الانتفاع حتى
شرعا والحكم بطهارتها زيادة ثبتت شرعا على خلاف قول مالك وتقدم في الصلوة وجوز بيع عظام الميتة وعصبها
وصوفها وشعرها وريشها ومنافعها وحافرها فان هذه الاشيا طاهرة لا تحلها الحيوة فلا تحلها الموت وتقدم
في الصلوة قوله والفيل نجس العين عند محمد فيكون حكمه حكم الكلب وعند ابي حنيفة وابي يوسف هو كساير السباع نجس
السؤر واللحم لا العين فيجوز بيع عظمه والانتفاع به في الحمل والخاتمة والركوب فكان كالكلب يجوز الانتفاع به
قيل ورد ان النبي صلى الله عليه وسلم اشترى لفاطمة سوارين من عاج وظهر استعمال الناس له من غير نكير وهم من حكى
اجماع العلماء على جواز بيعه وفي البخاري قال الزهري في عظام الميتة نحو الفيل وغيره ادركت ناسا من سلف العلماء يمتشطون
بها ويدهنون فيها لا يرون بها باسا وقال ابراهيم بن ابراهيم لا باس بتجارة العاج وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة منع بيع العود

وروى الحسن عنه انه يجوز بيعه وهو المختار لانه منتفع به في غير الاشياء قوله وان كان السفل لرجل وعلوه لاخر
فسقطا او سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز لان البيع حينئذ ليس الا في الحق المنقل وحق المنقل ليس بمال لان المال
عين يمكن احرازها وامساكها والا هو حق متعلق بالمال بل هو حق متعلق بالهوا ما الابنياء والمبيع لا بد ان يكون احدهما وقول
المصنف والمال هو المحل للبيع لتساهل وتنزيل التعلق بالمال منزلة المال بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق
الروايات فيما اذا كان الشرب شرب تلك الارض اما اذا باع ارضا مع شرب غيرها ففي صحته اختلاف المشايخ والصحيح انه
لا يجوز مفردا كبيع المسوب يوما او يومين حتى تزداد نوبته وجوزه مشايخ بخارى كابي بكر الاسكاف ومحمد بن سلمة لان اهل بخ
تعاملوا ذلك كما حتاجهم اليه والقياس يترك بالتعامل لجواز السلم للضرورة والاستصناع للتعامل ولانه حظ من المال ولهذا
يضمن بغصبه ما ذكره في كتاب الشرب فانه قال فيمن ادعى رجل شرب ارض بشربها الى ان فشهد شاهد بذلك وسكت الاخر عن الشهادة
بطلت شهادتها لانهما اختلفا في مقدار ثمن الارض لان الذي زاد الشرب نقص من ثمن الارض لان بعض المثمن بقابل الشرب
فصار كما لو اختلفا في مقدار الثمن وقيل لو باع ارضا بشربها فاستحق بشربها بخيط من الثمن نصيب الشرب واما ضانه بالاتلاف
وهو بان يسقي ارضه بشرب غيره فهو رواية البزدوي وعليه رواية شيخ الاسلام لا يضمن وقيل يضمن اذا جمع المياه
الغلبة والا يضمن قبل الجمع وحينئذ فالالزام به من رد المختلف فيه على المختلف فيه فلا يلزم المخالف وعن الشيخ جلال الدين
ابن المضف انه قصر ضانه بالاتلاف على ما اذا كان استهدر به ثم رجع بعد القضاء قال وجه للضان بالاتلاف الا بهدر
الصورة لانه لو ضمن بغير ذلك اما بالسقي او منع حق الشرب لا وجه الى الاول لانها مشتركة بين الناس بالحديث وعلى الثاني
لان منع حق الغير ليس سببا للضان بل السبب منع ملك الغير ولم يوجد واما انه حظ من المال وهو عين او شيء يتعلق بالعين
فاورد عليه انه لو كان عينا ينبغي ان لا يجوز بيعه اذا لم يكن فيه مما واجيب بانه انما جوز للضرورة وهو يعرضه وجوده
كالسلم والاستصناع ثم يتقدر بانه حظ من المال فهو مجهول القدر ولا يجوز بيعه وهذا وجه منع مشايخ بخارى بيعه مفردا قالوا
وتعامل اهل بلدة واحدة ليس هو التعامل الذي يترك به القياس بل ذلك تعامل اهل البلاد ليصير اجماعا كالاستصناع والسلم
لا يقاس عليه والضرورة في بيع الشرب مقدرا على العموم متحققة بل ان تحقق لحاجة بعض الناس في بعض الاوقات وبهذا
القدر لا يخالف القياس فرع باع العلو قبل سقوطه جاز فان سقط قبل القبض بطل البيع لهلاك المبيع قبل القبض قوله
وبيع الطريق وهبته جايز وبيع مسيل الماء وهبته باطل قال المصنف المسئلة تحتمل وجهين ان يكون المراد بيع رقبة الطريق
والمسيل وان يكون المراد بيع حق المرور الذي هو الطرق والتسييل فان كان الاول وهو بيع رقبة الطريق والمسيل اي مع
اعتبار حق التسييل فوجه الفرق بينهما ان الطريق معلوم لان له طولا وعرضا معلوما فان بينه فلا اشكال في حق نفسه
وان لم يبينه جاز ايضا وهو المراد بالمسئلة ههنا فانه يجعل عند ذرع ارباب الدار العظمى وطوله الى السكة النافذة اما
المسيل فمجهول لانه لا يدري قدر ما يشغله الماء وسن بعضا عرف ان المراد بالمسئلة ما اذا لم يبين مقدار الطريق والتسييل
اما لو بين جدا ما يسيل فيه الماء او اوباع المسيل سن بعضا وغيره من غير اعتبار حق التسييل فهو جايز بعد ان يبين حدوده
وان كان المراد الثاني وهو مجرد حق المرور والتسييل ففي بيع حق المرور مجردا روايتان على رواية الزيادات لا يجوز
به حق اخذ الكرى لجهالته وعلى رواية كتاب القسمة يجوز فانه قال دار بين رجلين فاطرق لرجل اخر ليس له منها من
القسمة وترك الطريق مقدار باب الدار العظمى فانه لا حق له في غير الطريق فاذا باعه الطريق برضا صاحب الدار والطريق برضا صاحب
الاصل ثلثي ثمن الطريق وصاحب الممر ثلث الثمن لان صاحب الدار اثنان وصاحب الممر واحد وقسمة الطريق تكون على
عدد الرؤس كان صاحب الفيل لياوي صاحب الكثير في الانتفاع انتهى فقد جعل لحق المرور قسطا من الثمن فدل على جواز
بيعه وهو قول عامة المشايخ واتفقت الروايات على ان بيع حق التسييل لا يجوز فوجه الفرق على احدهما ابي وجه
الفرق بين حق المرور وحق التسييل على الرواية المجيزة لبيع حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق
اما التسييل فان كان على السطح فهو نظير حق التعلي وبيعه لا يجوز بالاتفاق الروايات ومروجه فساده ولانه
ليس بحق متعلق بما هو مال بل بالهوا وفي هذا نظر فان ذلك اذا باع حق التعلي بعد سقوط العلو فانما يكون نظيرا اذا
باع حق التسييل على السطح والسطح كان على الارض وهو ان يسيل الماء على ارضه كلا بعنده فاسيره على ارض غيره
فهو مجهول لجهالة محله الذي يأخذه الماء بقيت حاجة الى الفرق بين حق التعلي حيث لا يجوز وبين حق المرور حيث يجوز

على رواية وانما اختير لها الفرق لانه علل المنع بحق الشفعة بانه ليس بمال فيرد عليه ان حق المرور كذلك وقد جاز بيعه في رواية
وذكر كل منهما بيع الحق بجميع العين وهو ان حق المرور حق يتعلق برقبة الارض وهو مال اذ هو عين ما يتعلق به فيكون له حكم العين
اما حق التعلي فحق يتعلق بما هو او هو ليس بعين مال وانما فرق المصنف بان حق التعلي يتعلق بالبناء وهو عين لا يبقى فاشبه المنافع
بخلاف الارض فليس بذلك لان البيع كما يرد على ما يبقى من الاعيان كذلك يرد على ما لا يبقى وان اشبه المنافع ولذا صح الفسخ
ابو اليسر رواية الزيادات المانعة من جواز بيعه لان بيع الحقوق المجردة لا يجوز كالشفعة في حق المرور قوله
ومن اشترى ليلا اخره اذا اشتري هذه الجارية بالف فظهرت حلالا فالعقد باطل لعدم المبيع وهذه امثالها مبنية على الاصل
الذي تقدم في المهر انه اذا اجتمع تسمية واشارة ليست كما ذكرنا من هذه الجارية حيث اشار اليها بذات وسماها جارية
فان المسمى مع المشار اليه جنسان مختلفان كان بالعبرة للتسمية ابلغ في التعريف من الاشارة لان الاشارة تعرف الذات الحاضرة
والتسمية تعرف الحقيقة المتصورة في تلك الذات وغيرها من ذوات لا تحصى معرفة عند العقل باشباهها لتلك الذات وغيرها
ونحن في مقام التعريف فيتعلق بما يعرفه ابلغ وحينئذ يبطل العقد لعدم المبيع الذي هو المسمى ذكره المصنف وهو ظاهر من قول احمد
فانه عبر هناك بقوله لا يبيع بينهما وقيل بل هو فاسد وان كانا من جنس واحد الا اذا اختلفا بالصفة فاشتري كان ايضا كما اختلف الجنس
فيكون البيع باطلا وان كان قليلا اعتبارا للاشارة فينعقد البيع لوروده على مبيع قائم الا انه ذكر فيه وصفا مرغوبا
فيه فاذا بعد المشتري فيتبين له الخيار وقول المصنف والفرق يبتني على الاصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد لا يبان الاصل
مختلف فيه بل هو متفق عليه وانما ذكر محمد في خلافيته في المهر مستدلا به على قوله فيما اذا تزوج على هذا الدن فاذا انه
خمر فرق الجنس كما ذكر موانثى من بني ادم وان كانا من جنس واحد وهو الذي استدل به على قوله هنا لان الذكر والانثى من بني ادم
انما يختلفان بخلاف الذكر والانثى من سائر البهائم غير الادمي فان البيع ينعقد وبتبين اختلافهما كما روى القدوري عن ابي حنيفة
انه جعل الذكر والانثى من بني ادم كالذكر والانثى من غيرها في حكم جواز البيع واجيب بالفرق بحسب اختلاف الاغراض فيهما
فانما يختلفان بالعلام يريد لخدمة الحارم كالزراعة والتجارة والانثى لخدمة الداخل كالعجن والطبخ والافتراش
بخلاف العلام فان اختلافها كاختلاف الجنس بل ليس الجنس في الغنم الا كثير من تفاوت الغرض فما فاحشا كالجنس
ما تفاوت فما دونه كالنوع الا ان نظر الى الذات وهذا قول المصنف وهو المعتبر في هذا دون الاصل بعني المعتبر في انما جنسان
او جنس واحد تتفاوت الاغراض تفاوتا بعيدا فيكون من اختلاف الجنس او قريبا فيكون من الجنس الواحد دون
اختلاف الاصل يعني الذاتي ولذا قالوا الخل مع الدبس جنسان مع اتحاد اصلهما لتفاوت الغرض بينهما والوذاري والزنديجي
ان لذلك والوداري بفتح الواو وكسرها واهمال الذال ثم راي مهملة نسبة الى وذارقة من قرى سمرقند والزنديجي
بزاي ثم نون ثم دال مهملة ثم نون ثم باء ثم جيم نسبة الى زندنة بفتح الزاي والنون الاخيرة والجيم زيدت على خلاف القياس
مع اتحاد اصلهما هكذا ذكره المصنف عن الشيخ وما ذكر لابي حنيفة في باب المهر يقتضي انه اعتبر التحمل مع الخمر جنسا واحدا ومقتضى
ان يعتبر الحمل مع الدبس كذلك ومن المختلفين جنسا ما اذا باع فعلى انه ياقوت فاذا هو زجاج فالبيع باطل ولو باعه ليلا على انه
ياقوت احمر فظهر اصفر صحيح وخيرها اذا باع عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب لذا ذكره المصنف وان كان صناعة الكتابة
اشرف عند الناس من الخبز كان المصنف مما لا يفرق من المشايخ بين كون الصفة ظهرت خيرا من الصفة التي عينت او كانت بالعكس
كما ذكر في المحيط بتون الخيار وذهب احرون منهم صدر الاسلام وظهير الدين الى انه اذا ثبت اذا كان الموجود انقص
وصح الاول لفوات غرض المشتري فان الظاهر ان غرضه من تنويع جنسه الذي عينه انما ليس غرضا له الآن وكان مستند
المختلفين ما تقدم فيمن اشترى عبدا على انه كافر فاذا هو مسلم لا خيار له لانه خير مما عين وقد يفرق بان الغرض وهو استخدام
العبد بما يليق به قد يتفاوت بين مسلم وكافر من الزراعة وامورها او التجارة وامورها بخلاف تعيين الخبز او الحياكة ونحوه
فانه تعيين ان حاجته التي لاجلها هو هذا الوصف قوله ومن باع جارية بالف درهم حالة او نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع بثمن
اقل او اكثر جاز وان باعها من البائع بأقل لا يجوز عندنا ولذا لو اشتراه عبد او مكاتبه ولو اشتري ولده او والده او
زوجته فكذلك عنده وعندهما يجوز لتباين الاسلان فكان كما لو اشتراه اجنبي وهو يعقل كل منهم بمنزلة الاجنبي ولذا لا يقبل
شهادة احدهما للآخر ولو اشتري وكيل البائع بأقل من الثمن الاول جاز عنده خلافا لهما لان تصرف الوكيل عنده يتبع لتصرفه
فلذا لا يجوز للمسلم ان يوكل ذميا بشراء خمر ويبيعه عنده ولكن ينتقل الملك الى الموكل حكما فكان كما لو اشتري لمتصرفات

فورثه

فورثه البائع وعندهما عند الوكيل كعقده ولو اشتراه وارثه جاز بالاجماع وعن ابي يوسف انه يجوز ولو باعه
المشتري من رجل او وهبه ثم اشتراه البائع منه ذكر الرجل يجوز لاختلاف الاسباب لاشتباهه وبه تختلف المسببات
وبقولنا قال مالك واحمد وقيد بقوله قبل نقد الثمن لانه ما بعده يجوز بالاجماع بأقل وكذا لو باعه بعرض قيمته اقل من الثمن
وقال الشافعي رضه يجوز كيفما كان كما لو باعه من غير البائع بأقل من الثمن او منه بمثل الثمن الاول او اكثر او بعرض قيمته اقل من
الثمن بجامع قيام الملك فيه عندنا هو المطلق في الاصول التي بنيناه ونقيده بالعرض دون ان يتول كما لو باعه بخلاف جنسه وقيمته
اقل لانه لو باعه بذهب قيمته اقل من الدراهم الثمن لا يجوز عندنا استحسانا خلافا لزفر وقياسا على العرض بجامع اتحاد
جنسه فان الذهب جنس اشرف بالنسبة الى الدراهم وجه الاستحسان انهما جنس واحد من حيث كونهما ثمنا ومن حيث وجب ضم
احدهما الى الاخر في الزكوة فيبطل البيع اعتبارا لما والزم ان اعتبارهما جنسا واحدا يوجب التفاضل بينهما اعتبارا لما واجاب
ان تحقق الوجه ذلك لكن في التفاضل عند بيع احدهما بغير الاخر اجماع ولنا قول عائشة الذي اخره ومقابله المصنف عن عائشة
يفيد ان المراة هي التي باعت زيد ابن ارقم ان اشترت منه وحصل الزيغ لان شرت منه وحصل الزيغ لان اشترت منه فالتعالي وشروه بتحتين اي
باعوه وفي رواية ابي حنيفة فاندرى في سنده عن ابي اسحق السبيعي عن امراة ابي السفر ان امراة قالت لعائشة رضي الله
عنها ان زيد ابن ارقم باعني جارية بثمان مايه درهم ثم اشتراها مني بستمايه فقالت بلغيه عني ان الله ابطل جهاده مع رسول الله
صلى الله عليه وسلم ان لم يتب فقلت ارايت ان لم اكن اخذت الا راس مالي ثم استرد وحصل الزيغ له ولكن رواية غير ابي حنيفة من ائمة الحديث
على ما رواه الامام احمد بن حنبل نا محمد بن جعفر نا شعبة عن ابي اسحق السبيعي عن امراته انها دخلت على عايشة هي وام ولد زيد
بن ارقم فقالت ام ولد زيد لعايشة اني بعت من زيد غلاما بثمانمايه درهم نسيئة واشتريته بستمايه نقدا فقال ابلغي زيدا
ان قد ابطل جهادك مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الا ان يتوب بئس ما اشتريت وبئس ما شريت وهذا فيما ان الذي حصل له
الزيغ هي المراة قال ابن عبد الهادي في تنقيح هذا اسناده جيد وان كان ان في قال احببت سئله عن عايشة وقول الدارقطني
في العالية هي مجهولة لا يحتج بما فيه نظر فقد خالفه غير واحد ولو ان عدالم المومنين على من رسول الله صلى الله عليه وسلم
محرم لتسنجيز ان تقول مثل هذا الكلام بالاجتهاد وقال غير هذا ما لا يدرك بالراي والمراد بالعالية امراة ابي اسحق السبيعي
التي ذكر انها دخلت مع ام الولد على عايشة قال ابن الجوزي في الطبقات قال العالية بنت انفع بن شراحيل امراة ابي اسحق
السبيعي سمعت من عايشة وقولا بئس ما شريت ابي بعت قال وشروه بتحتين اي باعوه وانما منعت العقد الاول لانه
وسيلة وذمت الثاني لانه مقصود بالفساد وروي هذا الحديث على هذا النحو عبد الرزاق قال اخبرنا معمر والثوري عن ابي
اسحق عن امراته انها دخلت على عايشة في نسوة فسالتها امراة فقالت كانت لي جارية فبعتها من زيد ابن ارقم بثمان مايه الى
العطاء ثم ابتعتها منه بستمايه فنقدته الستمايه وكتب علي الثمان مايه فقالت عايشة الى قولا الا ان يتوب وزاد فقالت
المراة لعايشة ارايت ان اخذت راس مالي ورددت علي الفضل فقالت فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف الاية قال ان
قول ما يسوء ورد هذا الجهالة الاجل وهو البيع الى العطاء فان عايشة كانت ترى جواز الاجل الى العطاء ذكره في الاسرار وغيره
والذي عقل من معنى النهي انه استوجح ما ليس في ضمانه ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن وهذا لان الثمن لا يدخل
في ضمانه قبل القبض فاذا عاد اليه الملك الذي زال عنه بعينه وبقي له بعض الثمن فهو ربح حصل له فيما لم يضمنه من جهة من باعه وهذا
لا يوجد فيما اذا اشتراه بمثل الثمن او اكثر فبطل الحاق الثمن في هذه بالثمن في تلك فيما لو باعه المشتري من غير البائع فاشتراه البائع
منه لان اختلاف الاسباب يوجب اختلاف الاعيان حكما ولذا لو دخل في المبيع عيب فاشتراه البائع بأقل لان الملك لم يعد اليه
بالصفة التي خرج فلا يتحقق ربح ما لم يضمن بل يجعل النقصان بمقابلة الجزء الذي احتبس عند المشتري سواء كان ذلك النقصان
بتقدير ذلك العيب او دونه حتى لو كان النقصان نقصان سعر فهو غير معتبر في العقود لانه فتور في رغبات الناس
فيه وليس من فوات جزء من العين وكذلك اذا اشتراه بجنس آخر غير الثمن جاز لان الزيغ لا يتحقق بينه مع اختلاف
الجنس لان الفضل انما يظهر بالتقويم والبيع لا يعتمد ذلك بخلافه بجنس الثمن الاول للتمكن من التقويم وقد اورد عليه
تجويز كون انكار عايشة لوقوع البيع الثاني قبل قبض المبيع اذ العقل لم يذكر في الحديث فلنا لا يصح هذا لانها ذكرت في الجواب
الربوا الغير بينة ثلاث اية الربا وليس في بيع المبيع قبل القبض ربا ولا يخفى ضعف هذا الجواب لان ملاك الاية ظاهر في كونها
انما نزلت في قول التوبة جوابا لقول المراة ارايت ان اخذت راس مالي ورددت علي الفضل كان مع التوبة فتلك اية

لها مقرة في قبول التوبة وان كان تعرفها في الزنا في الربوا وامر وطلب الفرق بين النهي عن بيع الولد الكابر مع امه مفرد الم يوجب الفساد فلم اوجبه هذا النهي اجيب بانا اذا كان للامر يرجع الى نفس البيع اوجبه وان كان لامر خارج لا والنهي فيما ذكر للعقرن بان نفس البيع حتى لو فرق بينهما بغير البيع ثم فيكره البيع في نفسه كالبيع وقت النداء وهنا هو لشبهة الربا وهو يخص بالبيع ولشبهة الربا احكم حقيقته قوله ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها واخرى معها من البائع بخمسمائة قبل نقد الثمن فالبيع جايز في الثمن لم يشتر في من البائع وبطل في الاخرى وهذه نوع من المسئلة السابقة وهي ان شراء ما باع من المشتري بأقل مما باعه به قبل نقد الثمن لا يجوزه وجهه انه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا الاخرى والبائعا بأقل مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى في صاحبتها وهي التي ضمت اليها واورد عليه ان علة الفساد في التي باعها ثم اشتراها لو كان اصابة حصة ابانها اقل من خمس مائة المستلزم لشرايها بأقل مما باعها به لزم ان لا يفسد البيع في التي اشتراها بخمس مائة لو باعها واخرى معها بالف وخمس مائة لعدم تقسيم الثمن عليها بصيب كل منهما اكثر من خمس مائة فليس فيه شرا ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن الذي ذكروا ايضا انه ايضا فاسد اجيب بان الفساد في هذه لمعنى آخر وهو تكثر جهات الجواز وليس البعض في احدهما اولى من البعض فامتنع الجواز بخلاف الاكرار وامثالها حيث يتحرى الجواز فما التعيين جهة الجواز في ما يجي في كتاب الصرف وهذا الوضع لزم لان يمتنع بثبوت موجبات تثبت دفعة فيمتنع تعدد العلل لانه يقال فما مثل ذلك لم لا يشيع الفساد في الجارية بين وما ابتدع قول قايل اذا كثرت جهات الحل للاسعار من يحرم واحق ان سهما فرقا فان هذا الموجبات متحققة وهنا المجوز موقوف على الاعتبار فاذا اعتبر واحد امكن اعتبار غيره لكنه لا يزيد النظر الا وكادة فان الاخر قبل الاعتبار لا وجود له ومع ذلك لم يعمل المجوز الذي وجد وتحقق تحقق الاعتبار في الحال وحين ضعف بعض فهم ضعف بهذا الوجه عند الجاري ذكر انه لوجه وهو ان من الممكنات ان يعتبر في مقابلة الجارية الاولى الف وخمس مائة اقل من خمس مائة واجتمع فيما محرم وصحيح فيفسد وليس هذا من الذهب في شيء بل اذا اجتمعا فيه اعتبر وجه الصحة تصحيحا كما سيأتي في بيع قفيز حنطة وقفيز شعير بقفيز حنطة وشعير حيث يصح ويتحرى للجواز اعتبار التصحيح نظر فالمسلم اليه اشكال فيه قوله لان مذهب ابي حنيفة ان البيع اذا فسد كله اذا كان الفساد مقارنا فدفعه المصنف بوجوه اولها ان الفساد فيما بيعت او لا ضعيف لاختلاف العلماء فيه كما ذكرناه من مذهب ابي حنيفة فلم يسر الاخرى الا اذا اشترى عبد بن فاذا احدهما مدبرا يفسد في الاخر لذلك تخلافا لجمع بين حر وعبد واستشكل بالمسلم فوهيا في قرير مروي فانه باطل في الكل عنده وعند صاحبيه في المروي كالواسلم حنطة في شعير وزيت عنده يبطل في الكل وعندهما يصح في حصة الزيت مع ان فساد العقد بسبب الجنسية مجتهد فيه فان اسلام هروي في هروي جايز عندان ففي الجملة منه والابتعين تعليل تعدي الفساد بمنع الاجماع عليه بل تعليله بانه لجعل الشرط الفاسد في احدهما وهو قبول العقد في المروي شرطا للقبول له في المروي فيفسد في المروي بالشرط الفاسد وفي الهروي باتحاد الجنس كذا اعتذر به تمس الائمة لعدوان علل به في شرح الجامع ثانيا ان الفساد في الاولى لشبهة الربوا وسلامة الفضل للبايع الاول بالاعوض وذا خان يقابله وهو منتف في المقومة فلو اعتبرنا تلك الشبهة في التي خص بها المشتراه او امكان اعتبار الشبهة وهذا الصنف من تعسر قاضي خان اعتبار الشبهة بان الالف وهو الثمن الاول يقسط على شرف الشروط احتمال ان يجد المشتري بها عيبا فيرده فيسقط الثمن عن المشتري وبالبيع الثاني يمنع الامن كيفيته عنه فيكون البايع بالعقد الثاني مشتريا الفا خمس مائة ثالثها ان الفساد في الاول طاري غير مقارن له وجهان احدهما انه لم يذكر ان العقد ما يوجب فساده فانه قابل الثمن بالجاريتين وهذه المقابلة صحيحة ولكن بعد ذلك ينقسم الثمن على قيمتها فيصير البعض بازاء ما باع والبعض بازاء ما لم يبع فحينئذ يفسد البيع فيما باعه وهذا فساد طرء الان لان الانقسام بعد وجوب الثمن فلا يتعدى الى الاخرى لاختلاف الجهة فان المقابضة تمنع تسليم الثمن الاول والثمن الثاني فيبقى من الثمن الاول فضل لا عوض وذلك لان البايع الاول لما باعها بالف شراها قبل النقد فقاص الخمس مائة بخمس مائة فبقي للبايع من الثمن الاول فضل خمس مائة اخرى مع الجارية والمقاصة تمنع تعيين وجوب الثمن على البايع بالعقد الثاني فيفسد عندها فهو طارء فلا يظهر في الاخرى كمن باع عبدين صفقة وسلم احدهما فاجاز وقت احداهما وفسد البيع فيه فانه لا يتعدى الى الاخر فكذا فيما نحن فيه واورد ينبغي ان يفسد العقد في الاخر لمعنى آخر وهو انه جعل قبول العقد فيما لا يبيع وهو ما باعه او لا شرطا لقبوله في الاخر قلنا قبول العقد فيه ليس شرطا فاسدا لانه لو كان ثمنه مثل الثمن الاول وخلاف جنسه كان صحيحا وانما الفساد لاجل الربح الحاصل لا يعلم عنانه وهذا لا يقتضي فساد العقد الذي باعه ولا يتعدى الى العقد الثاني في

وفي المبسوط لو اشترى البايع مع رجل اخر جاز من الاجنبي في نصفه ولو ولدت الجارية عند المشتري ثم اشتراها منه بأقل ان كانت الولادة نقصا جاز كما لو وطيها عيب عند المشتري ثم اشتراها منه بالاقل وان لم ينقصها لا يجوز لانه يحصل جزء لا يقابله شيء قوله ومن اشترى زنبيلا على طرف صورتها في الجامع محمد عن ابي حنيفة في رجل اشترى من رجل هذا الزنبيل وهو الف رطل على ان يزنه بنظرونه فيطرح عنه مكان كل طرف خمسين رطلا فان هذا فاسد وان كان قال على ان تطرح عني وزن الظرف وهو جايز لانه شرط يقتضيه العقد وهو شرط ان يتعرف قدر المبيع من غيره ليخص بالثمن بخلاف قوله على ان نزنه فنطرح عنه لكل ظرف عشرة ارطال او خمسين فان البيع حينئذ فاسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع احد المتعاقدين فان زنة الظرف قد تكون اقل من خمسين فيكون البيع بشرط ترك الثمن عن بعض المبيع وهو نفع للمشتري وقد يكون اكثر منها فيكون البيع بشرط اعطاء الثمن من غير مقابلة مبيع وفيه نفع للبايع والمسئلة بعدها نفع عليا وهو ما في الجامع رجل اشترى من رجل السمن الذي في هذا الزق كل رطل بدرهم فوزنه له بزقه فبلغ مائة وقبضه المشتري فقال وجدت السمن تسعين رطلا والزق هذا وزنه خمسة ارطال فالقول قول المشتري مع يمينه لان البايع المبهم لان هذا الاختلاف ان اعتبر اختلافا راجعا الى تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض ضمنا كان القابض او امينا كالمودع وان البايع يدعي عليه زقا اخر والمشتري ينكر وان اعتبر اختلافا في مقدار السمن المقبوض فمرجعه اختلاف في قدر الثمن فالقول قول المشتري لانه ينكر الزيادة واستشكل بمسئلتين احديهما اذا باع عبدين وقبضهما المشتري وبان احدهما عنده وقايا باحر يرده بعيب فاختلفا في قيمة العبد فالقول للبايع كالسياتي في باب التحالف والثانية ان الاختلاف في الثمن يوجب التحالف وهنا جعل القول للمشتري مع اعتباره اختلافا في الثمن اجيب عن الاول بانهما مع هذه طرء فان كون القول للمشتري لانكاره الزيادة وهنا كان ابتداء لان البايع لانكاره الزيادة هو في الثانية بان التحالف على خلاف القياس فما عند ورود الاختلاف في الثمن قصدا وهنا الاختلاف فيه تبع لاختلافهما في الزق المقبوض اهو هذا او لا ولا يوجب التحالف قوله واذا امر المسلم ذميا ببيع خمر او خنزير او اودعها فتخلل او جنى احدهما على صاحبه حتى يدخل الخمر والخنزير في ملك المسلم الموكل يجب ان يخلل الخمر او يريقها ويسيب الخنزير هذا في الشراء واما اذا كان التوكيل بالبيع بان كان في ملك المسلم خمر وخنزير وصورته ان يكون كافر اسلم عليها وعزل قبل ان يبيعها وله وارث فيرتها فيوكل كافرا ببيعها فعليه ان يتصدق بثمنها لتمكن الخبث فيه قال على الله عليه وسلم ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها وقال ابو يوسف ومحمد ومالك وان في واحد رحمهم الله لا يصح هذا التوكيل وحاصل الوجه بين بانهم اثبات المانع الشرعي من هذا التوكيل ومن جانبه عدم المانع بالفتح في ما نحن فيه ما جعلوه مانعا فيبقى الجواز على الاصل لهم ان الموكل لا يملك بنفسه فلا يملك توليه غيره فيه وهذا معنى قول المصنف الموكل لا يليه فغيره لا يوليه بنصب غيره لانه مفعول مقدم لوليه كما انه لما لم يملك تزوج المجوسية لا يملك توكيل غيره بتزوجها وكان ما ثبت للوكيل من الملك يستمد الموكل فصار كانه باشر الشراء والبيع بنفسه ولا يجوز ولابي حنيفة ان الوكيل في البيع يتصرف بأهلية نفسه لنفسه حتى لا يلزمه ان يضيف العقد الى موكله وترجع حقوق العقد اليه حتى يطالب بالثمن ويرد عليه ويرد عليه وهو اهل لبيع الخمر وشرائها شرعا ولا مانع شرعا من توكيل المسلم للوكل اهل لان تثبت له ما تثبت للوكيل من ثبوت الملك كما ذكرنا من صورة ثبوت الملك الجبري لدينا فانتفى المانع الشرعي والملازمة الشرعية امتناع التوكيل لامتناع مباشرته ممنوعة سايل بان الوكيل بشراء عبد بعينه بملك شراءه لنفسه وبملك التوكيل بشرايه لنفسه وبما ان القاضي لا يملك بيع خمر او خنزير لذمي وترجع امره الى القاضي وبملك توكيله به وكذا الوصي المسلم للذمي لا يملك بيع خمر وملك التوكيل به والمريض مرض الموت لا يملك البيع بما يتغابن به مثله اذا كان عليه ديون مستغرقة ويجوز من وصيه بعد موته وكذا الاب بيع الام عرض الولد ووصيها بيعه اذا لم يكن من صيرانها فان قيل ان قلت ان ذلك المسلم لما ثبت شرعا جبرا عن سبب جبري كالموت سلمناه او عن سبب اختياري منعناه وهنا كذلك اذ التوكيل اختياري والملك مترتب عليه اذ الوجود له في الشرع قلنا اختيار ان اي دفع ان التوكيل سبب للملك بل الشراء اختياري للوكيل لا للموكل وليست الوكالة سببا له بل شرطا وانما سببه اختيار الوكيل واختياره ليس لازما للوكالة وانما سببا عنها اذ لا يلزم من الشراء بالوكالة شراء الموكل بالوكالة ان يملك بنفسه فلا يملك توليه غيره فيه وهذا معنى قول المصنف الموكل لا يليه فغيره لا يوليه بنصب غيره لانه مفعول مقدم لوليه كما انه لما لم يملك تزوج المجوسية لا يملك توكيل غيره بتزوجها وكان ما ثبت للوكيل من الملك يستمد الموكل فصار كانه باشر الشراء والبيع بنفسه ولا يجوز ولابي حنيفة ان الوكيل في البيع يتصرف بأهلية نفسه لنفسه حتى لا يلزمه ان يضيف العقد الى موكله وترجع حقوق العقد اليه حتى يطالب بالثمن ويرد عليه ويرد عليه وهو اهل لبيع الخمر وشرائها شرعا ولا مانع شرعا من توكيل المسلم للوكل اهل لان تثبت له ما تثبت للوكيل من ثبوت الملك كما ذكرنا من صورة ثبوت الملك الجبري لدينا فانتفى المانع الشرعي والملازمة الشرعية امتناع التوكيل لامتناع مباشرته ممنوعة سايل بان الوكيل بشراء عبد بعينه يملك شراءه لنفسه ويملك التوكيل بشرايه لنفسه وبما ان القاضي لا يملك بيع خمر او خنزير لذمي وترجع امره الى القاضي ويملك توكيله به وكذا الوصي المسلم للذمي لا يملك بيع خمر وملك التوكيل به والمريض مرض الموت لا يملك البيع بما يتغابن به مثله اذا كان عليه ديون مستغرقة ويجوز من وصيه بعد موته وكذا الاب بيع الام عرض الولد ووصيها بيعه اذا لم يكن من صيرانها فان قيل ان قلت ان ذلك المسلم لما ثبت شرعا جبرا عن سبب جبري كالموت سلمناه او عن سبب اختياري منعناه وهنا كذلك اذ التوكيل اختياري والملك مترتب عليه اذ الوجود له في الشرع قلنا اختياران

ان هذا بيع وشرط وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط ثنا الطحاوي قال ثنا يحيى الوسطي ثنا عبد الله بن ابو بلمغيري
ثنا محمد ابن سليمان الدهلي ثنا عبد الوارث بن سعيد قال قدمت مكة فوجدت بها ابا حنيفة وابن ابي ليلى وابن شبرمة فسألت
ابا حنيفة عن رجل باع بيعا وشرط شرطا فقال البيع باطل والشرط باطل ثم اتيت ابن ابي ليلى فسألته فقال البيع جايز والشرط
باطل ثم اتيت ابن شبرمة فسألته فقال البيع جايز والشرط جايز فقلت يا سبحان الله مشت من فقهاء العراق خلفوا
بمسئلة واحدة فاتيت ابا حنيفة فاخبرته فقال ما ادري ما قال الا حدثني عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه نهى عن بيع وشرط البيع باطل والشرط باطل ثم اتيت ابن ابي ليلى فاخبرته فقال ما ادري ما قال الا حدثني هشام بن عروة عن ابيه عن عايشة
رضي الله عنها قال امرني النبي صلى الله عليه وسلم ان اشتري بريرة فاعتقها البيع جايز والشرط باطل ثم اتيت ابن شبرمة فاخبرته فقال
ما ادري ما قال الا حدثني مسعود ابن كدام عن محارب ابن دثار عن جابر قال بعت من النبي صلى الله عليه وسلم ناقة وشرط لي حملانها الى المدينة
البيع جايز والشرط جايز وكذا رواه الحاكم في كتاب علوم الحديث ومن جهته الحاكم ذكره عبد الحق في احكامه وسكت عليه وقد ظهر
من هذا ان في المسئلة ثلاثة مذاهب مستدل عليها فلا بد من النظر فاما حديث عمرو ابن شعيب فلا يحتمل الا التخصيص فحينئذ ان في رواية
واستثنى من منع البيع مع الشرط البيع بشرط العتق بحديث بريرة فان النبي صلى الله عليه وسلم اراده في حديث الا الولاء وذكر
الاقطع انها رواية عن ابي حنيفة رضي الله عنه وحديثا في الصحيحين عن عايشة رضي الله عنها قالت جاءتني بريرة فقالت كاتبت
اهلي على تسع اواق في كل عام اوقية فاعينيني فقلت ان احب اهلك ان اعدها لهم ويكون ولاؤك لي فعلت فذهبت بريرة
الى اهلها فقالت لهم فابوا عليها فجاءت من عندهم ورسول الله صلى الله عليه وسلم جالس فقالت اني عرضت عليهم ذلك فابوا الا ان يكون لهم
الولاء فاخبرت عايشة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال خذيها واشرطي لهم الولاء فان الولاء لمن اعتق فعلت عايشة الحديث
وفيه دليل على جواز بيع الكتابة اذا رضي بالبيع وفيه ابطال القول من منع بيعه وقال انما اشترت عايشة الولاء لسبب ما وقع
في بعض الروايات وهو ان احبوا ان اقضي عنك كتابتك وذلك لانه صلى الله عليه وسلم قال انما الولاء لمن اعتق ورد اشتراطهم
الولاء لنفسهم والعتق من عايشة رضي الله عنها وهذا لا خلاف فيه ولو قال قايل ان الشرط اذا كان امرا لا يحل شرعا مثل ان
يشرط ان يبيع عبدك اذا اعتقه بطل هو والبيع فانه لعله لا يمكن المشروط عليه ان يفعل فيتم البيع كانه لم يذكر اذ
كان خارجا عن طاقة من شرط عليه ما يمكن ويكون اصل هذا حديث بريرة واما الحنفية فانا لم نجبهم به لان العام عندهم
يجارض الخاص ويطلب سعة اسباب الترجيح والمرجح هنا للعام وهو نهيه عن بيع وشرط هو كونه مانعا وحديث بريرة
مبيح فيحمل على ما قبل النهي واما حديث جابر الذي استدل به ابن شبرمة فالشرط وهو استثنا حملانه لم يقع في صلب
العقد كذا قاله الشافعي بافساد البيع بالشرط مع ان حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده من قبيل المرسل عند كثير من اهل
الحديث قلت ذلك اذا لم يصرح فيه محمد ابيه عبد الله بن عمرو بن العاص وقد ورد عنه التصريح به فيه فاما اخرجه ابو داود
والترمذي والنسايي عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن عبد الله بن عمرو بن العاص قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحل سلف وبيع
ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس عندك ولهذا قال الترمذي حديث حسن صحيح وروي هذا ايضا من حديث
حكيم بن حزام في موطا مالك بلاغا واخرجه الطبراني من حديث محمد بن سيرين عن حكيم قال نهاني رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن اربع خصال في البيع عن سلف وبيع وشرطين في بيع وبيع ما ليس عندك وربح ما لم يضمن ومعنى السلف في البيع البيع
بشرط ان تقرضه وهو مرد من البيع الذي شرط فيه منفعة لاحد المتعاقدين وغير ذلك مما ياتي **قوله** ثم حمله الامر فيه
ان في الشرط انه انما يقتضيه العقد لشرط ان مجلس البيع لم يقبض الثمن ونحن نجوز لانه موكد لموجب العقد او لا يقتضيه
لكن ثبت تصحيحه شرعا بالامر وله كشرط الاجل في الثمن والمثمن في السلم وشرط الخيار فكذلك هو صحيح للاجماع على ثبوته
شرعا رخصة او لا يقتضيه وليس مما ثبت كذلك لكنه متعارف كثير اهل ان يحذوها البايع او يشركها فهو جايز ايضا
لما ياتي ولذا اذا لم يكن كذلك ولكن يقتضي التوثق بالثمن كالبيع بشرط كفيل بالثمن حاضر وقبل الكفالة او بان يرهنه به
رهنا معلوما بالاشارة او التسمية فهو جايز ايضا على الصحيح حلافا لزفر فان حاصله التوثق للثمن فيكون كاشتراط
الجودة فيه فهو متقرر لمقتضى العقد ولو لم يكن الكفيل حاضرا وقبل او غايبا لحضر قبل ان يتفرقا وقبل وكذا الرهن سمي
ولا مشاحة اليه لا يجوز بالاتفاق كان وجوب الثمن في ذمة الكفيل ايضا في البيع فيصير الكفيل كالمشتري ولا بد من حضور
العقد بخلاف الرهن لا يشترط حضوره لكن سالم ليسلم للبايع لا يثبت فيه حكم الرهن وان انعقد عقد الرهن بذلك الكلام فان

ان سلم بقي العقد على ما عقد وان امتنع عن تسليمه اجبر عند ابي حنيفة رحمه الله على التسليم فان لم يدفع الرهن وقال الثمن حتى احبس البايع في
الفسخ وشرط الحوالة كما لو احاله ولو كان الشرط مما لا يقتضيه ولا يلائم ما ذكرنا فما فيه منفعة لاحد المتعاقدين او المعقود عليه
وهو من اهل الاستحقاق كان اشتري حنطة على ان يطحنها البايع او يتركها في داره شهرا وثوبا على ان يخيطه فالبيع فاسد
وكذا شرط ان البيع للمشتري العبد لانه يجب ان لا يتداولها الايدي وكذا على ان لا يخرجه من مكة مثلا في الخلاصة اشترى
عبدا على ان يبيعه جاز وعلى ان يبيعه من فلان لا يجوز لان له طالبا وكذا اذا كانت المنفعة لغير العاقدين ومنه اذا باع
ساحة على ان يبني بها مسجدا او طعاما على ان يتصدق به فهو فاسد اما لو كان المبيع نقدا او حيوانا عينه وفي فتح خرج
الجواز مما ذكر في المزارعة من ان احد المزارعين اذا شرط في المزارعة ان لا يبيع الآخر نصيبه او يهبه ان المزارعة جايزة
والشرط باطل لانه ليس لاحد العاملين فيه منفعة وكذا ذكر الحسن في المجرد قال المصنف وهو الظاهر من المذهب لانه
اذا لم يكن من اهل الاستحقاق انعدمت المطالبة والمنازعة فلا يؤدي اليه لانه زيادة عارية عن العوض في عقد
البيع وهو معنى الربوا ومن مثل الباطل بيع العبد على ان يعتقه المشتري او يدبره او يكاتبه او يدبره وان في مخالفة في شرط
العتق في احد قوليه فيصححه ثم ان اعتقه المشتري فذاك والا اخير البايع في فسخ العقد ولا يجبر عليه في قول بعض اصحابه
وفي قول اخرين يجبر قال المصنف وهو يقيسه الشافعي على بيع العبد نفسه ثم فسره بان يبيعه ممن يعلم انه يعتقه ان
يشترط فيه ذلك وعلى تفسير المصنف هذا تتحقق صورة القياس واما على تفسيره بان يباع بشرط عتقه فلا يصح لانه نفس
المقيس عليه الا ان قوله لا ان يشترط فيه يفهم من قوته ان تفسيره بما ذكر مخالف للتفسير الثاني في ذلك فتفاده وحينئذ
يقوي الاعتراض عليه بانه حينئذ لا قياس قال لان الحجة عليه ما ذكرنا يعني من الحديث والمعنى وان علم انه يرجح بلا
تخصيص العام بالخاص كما هو وجد او هو مذهبه وهنا خصصه بحديث بريرة وجوابه ان ليس في حديث بريرة اصلا ان
البيع كان بشرط العتق بل كان على وعد العتق منها وحينئذ فليس من تخصيص منع بيع بشرط في شيء ولا يصح البيع ممن يظن
عتقه اصلا القياس البيع بشرط عتقه لعدم الجامع ونسمه منصوب على الحال يعني معربا للعتق ومعربا بالتسمية عنه
لكثرة ذكرها هنا اذا اعتقت على مثل قوله صلى الله عليه وسلم فك الرقبة واعتق النسمة فصرت كالاسم لما عرض للعتق
فعوملت معاملة الاسم المتضمنة لمعنى الفعل **قوله** فلو اعتقه المشتري الى آخره هذا فرع على قولنا بفساد البيع
بشرط العتق وهو ان المشتري بهذا الشرط لو اعتقه بعد ما قبضه عتق ثم عند ابي حنيفة يرجع البيع صحيحا حتى يجب
الثمن عنده وعندهما لا يعود صحيحا فتلزمه قيمته واما لو اعتقه قبل القبض فلا يعتق بالاجماع لانه لم يملكه قبل القبض لفساد
البيع وجه قولهما انه تلف بعد ان ملكه بالقبض في بيع فاسد فلا ينقلب جايزا فلو تلف بوجه آخر من موت او قتل او بيع
او هبة وتسليم على تدبيره واستيلاده فان لهذا الضمان بالقيمة اتفاقا فهو او في بالشرط اعتبارا لحقيقة الحرية
حق الحرية ولابي حنيفة ان شرط العتق وان كان لا يلايم العقد على ما ذكرنا يعني قوله لان قضية العقد الاطلاق
في التصرف والتخيير الى آخره ولكنه من حيث حكمه وهو ثبوت الحرية بلا بدل لانه ابى العتق منه للملك الذي هو
اثر البيع والشيء بانتهايه يتقرر وجوده والفاسد لا تقرر له فيكون صحيحا ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان
العيب اذا اطلع عليه بعد ان اعتقه بخلاف ما اذا تلف بوجه آخر لانه لا يصير به هذا الشرط ملايما فيبقى على مجرد
جهته المفسدة ولذا لو مات لا ينقلب صحيحا لان بموته لا يصير شرط العتق ملايما وهو المنظور اليه في افساد
العقد وتصحيحه ولكون شيء آخر كالموت ونحوه ملايما لا يصير به هذا الشرط الذي وقع مفسدا ملايما واما شرط
التدبير والاستيلاد فكذلك لا يصير العقد صحيحا اذا دبره المشتري او استولدها لانه لا يصير به شرط التدبير
والاستيلاد ملايما لانه يتيقن امتناع ورود الملك عليه ولم يوجد لجواز ان يحكم قاض بصحة بيعها فيتقرر الفساد
وارد لما كان فعل هذا الشرط مصححا ينبغي ان يكون العقد صحيحا في الابتداء عند اشتراطه اجيب بانه من حيث
هو مخالف لمقتضى العقد وانما يلايمه باعتبار حكمه فعلمنا في الابتداء قبل تحققه بمقتضى ذاته وعند تحقق حكمه
بفعله بمقتضى حكمه ولو اشترى امة بشرط ان يطأها المشتري او لا يطأها فالبيع فاسد عند ابي حنيفة وعند ابي
يوسف يجوز في الاول لانه ملايم للعقد قلنا الملايم له اطلاق الوطي لا الزامه وعند محمد يصح فيهما الاول لما ذكر
يوسف والثاني ان لم يقتضه العقد فلا يرجع نفعه لاحد فهو شرط لا طالب له **قوله** وكذلك لو باع عبدا على ان

يستحقه البايع شهرا او دارا الى ايام كذا او ان يقبض المشتري دارا له الى ان تهدم له هدية او شيا الى ان يقطعه
المشتري قبضا او قبا فهو فاسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وقد ورد في عين بيعة نهي خاص
وهو نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف اي قرض ثم رخص شرطي الاستخدام والسكنى بوجه معنوي فقال ولانه لو كان الخدمة
والسكنى ثمنا بلهما شيء من الثمن بان يعتبر المسمى ثمنا بازاء المبيع وبازاء اجرة الخدمة والسكنى يكون اجارة في بيع ولو كان
ثمنا بلهما تكون اجارة في بيع وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة فتناول كلا من الاعتبارين المذكورين
رواه احمد عن اسود ابن عامر عن شريك عن سماك عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن ابيه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن صفقتين في صفقة اما شيوخه فقد رواه البزار في مسنده عن اسود ابن عامر به واعل بعضهم طرقه ورجح وقفه
وبالوقف رواه ابو نعيم وابو عبيد القاسم ابن سلام واما معناه فسره المصنف بما سمعت وفسره ابو عبيد القاسم
ابن سلام بان يقول الرجل للرجل ابيعك هذا الثوب نقدا بكذا ونسيئة بكذا او يشترقان عليه ورواية ابن حبان للحديث موقوفا
الصفقة في الصفقتين ربا ويؤيد تفسير المصنف مع انه اقرب تبادرا من تفسير ابي عبيد والشرع عادة فان كون الثمن
على تقدير النقد الفا وعلى تقدير النسيئة الفين ليس فيه معنى الربا بخلاف اشتراط نحو السكنى والخدمة واعلم انه روي عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيعتين في بيعة ويظهر من كلام بعض من تكلم في الحديث ان له معنى الاول وليس كذلك بل هذا اخص
منه فانه في خصوص من صفقات وهو البيع وفسره الشافعي بان يقول ابيعك داري هذه بكذا على ان تبيعني غلامك
بكذا فاذا اوجب لي غلامك وجبت لك داري وهذا حديث صحيح رواه الترمذي والنسائي وقال الترمذي حسن صحيح ورواه
مالك بلاغا وفي بيوع الوافي لو قال بعتك هذه الدار بالف على ان ترضى فلان الاجنبي عشرة دراهم فقبل المشتري
ذلك البيع لا يفسد البيع لانه لا يلزم الاجنبي لانه لو لزمه فاما بطريق الضمان عن المشتري او بطريق الزيادة في الثمن لا وجه الى
الاول انه ليس في ذمة المشتري فكيف يتحمل الكفيل والى الثاني لانه انما يقبل على اني ضامن واذا لم يلزم الاجنبي لا يفسد
البيع ولا خيار للبايع لانه لو ثبت انما يثبت اذا لم يسلم له ما شرط في البيع على المشتري وقد سلم له ذلك وفي الفتاوى الظهيرية
قال بعت عبدك هذا من فلان على ان الثمن علي والعبد لفلان حكى عن ابي الحسن الكرخي انه يجوز وهو خلاف ظاهر الرواية واستبعده
ابو بكر الجصاص **فروع** باع امة بشرط ان يطأها المشتري او ان لا يطأها فسد البيع عند ابي حنيفة فيها لما ذكرنا من ان
مقتضى العقد الاطلاق وهذا تعيين احد الجايزين وعند ابي يوسف يفسد في الثاني لما قلنا ويصح الاول لان العقد يقتضيه
وعند محمد يصح فيها ولو كان في الشرط ضرر كان شرطا ان يقرض اجنبيا لا يفسد العقد وذكر القدوري انه يفسد ولو لم يكن
فيه منفعة لاحد كان اشترى طعاما بشرط ان يأكله او ثوبا بشرط ان يلبسه جاز وذكر الامام قاضيخان العقود التي
تتعلق تمامها بالقبول اقسام ثلثة قسم يبطل بالشرط الفاسد وجهالة البدل وهي مبادلة المال بالمال كالبيع والاجارة والقسمة
والصلح عن دعوى المال وقسم لا يبطل بالشرط الفاسد وجهالة البدل وهو معاوضة المال بما ليس بمال كالنكاح والخلع والصلح
عن دم عمد وقسم له شبه بالبيع والنكاح وهو الكتابة يبطل جهالة البدل ولا يبطل الشرط الفاسد وفي الخلاصة
التي يبطل بالشروط الفاسدة ولا يصح تعليقها بالشرط ثلثة عشر البيع والقسمة والاجارة والاجارة والرجعة والصلح
عن مال او ابراء عن الدين وعزل الوكيل في رواية شرح الطحاوي وتعليق ايجاب الاعتكاف بالشرط والمزارعة والمعا
والاقرار والوقف في رواية ولا يبطل بالشروط الفاسدة ستة وعشرون الطلاق والخلع ولو بغير مال والعتق
بمال ولا مال والرهن والقرض والهبة والصدقة والوصاية والشركة والمضاربة والوقف والامارة والتحكيم بين اثنين
عند محمد خلافا لابي يوسف والكفالة والحوالة والوكالة والاقالة والغصب والحجابة واذن العبد ودعوة الولد
والصلح عن دم العمد واجارة التي فيها القصاص حالا وموجلا وهبات الغصب والوديعة والعارية اذا اضافها رجل الى شرط
فيها نحو اذا جاء رأس الشهر فقد اعرتك او اذا جاء رأس الشهر فقد وهبت لك او اذا جاء رأس الشهر فقد اودعتك
او اذا جاء رأس الشهر فقد اقرضتك وعقد الذمة وتعليق الرد بالعيب وتعليق الرد بخيار الشرط وعزل القاضي والنكاح لا يصح
تعليقه والاضافة لكن لا يبطل بالشرط ويبطل الشرط ولذا الحجر على المأذون لا يبطل الحجر ويبطل الشرط وكذا الهبة
والصدقة والكفالة بالشرط المتعارف تصح فيها والشرط بغير المتعارف تبطل وتصح الكفالة انتهى فاما حاصل ان كلا
كان من قبيل التمليكات او التقييدات لا يصح تعليقه في الاول الا في الوكيل والمحجور والعبد والرجعة والتحكيم عند ابي يوسف من قبيل التمليكات فلا يتعلق وعند محمد يتعلق لانه من اطلاق الولاية فالقضاء الا

والايضا

والايضا او الرهن وان جعل الرهن في شرح الطحاوي من قبيل التمليكات بل الحق بالزايدات اشبه **فول** ومن باع
عينا على ان لا يسلمه اياها الى رأس الشهر فالبيع فاسد لان الاجل في البيع العين باطل فيكون شرطا فاسدا وهذا لان
الاجل شرع ترفقا فيلتحق بالديون لانها ليست معينة في البيع فيحمل بالاجل الترفيه بخلاف البيع العين فانه معين حاضر
فلا فايدة في الزامه تاخير تسليمه اذ فايدته الاستحقاق به وهو حاصل فيكون اضرارا بالبايع من غير نفع للمشتري
فوله ومن اشترى جارية الا حملها فسد البيع والاصل المعهد لتعريف ما يصح استثناؤه من العقد وما لا يصح استثناؤه
هو ان ما لا يصح افراده بالعقد بان لا يصح استثناؤه من العقد وما يصح يصح والحمل مما لا يصح افراده بالعقد فلا يصح
استثناؤه وهذا وهو كون الحمل لا يصح افراده بالعقد لانه منزلة اطراف الحيوان لاتصاله به خلقة كرجل الشاة
واليها حتى انه يعرض عنها بالعقد اذ لا يصح افراده بالعقد ولا تفرد بالعقد اجماعا ومن فروعه يعلم ان هذه العبرة
لما قلنا من انه لا يجوز ان افراده فلو استثنى ما يباع البيع يجوز ولو قال بعتك هذا القطيع من الغنم الا شاة بالف لا يجوز لان الف لكل
شاة من هذا القطيع فيصير عينا خلاف ما لو استثنى هذه الشاة فانه يجوز لاشتغال الجهالة حيث يجوز لجواز افرادها
بالعقد وكذا الحال في كل عدد يتفاوت وتوسطه ما اذا باع حيوانا واستثنى ما في بطنه لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الحبل
وان ما لا يفرد بالعقد لا يجوز استثناؤه فلان الاستثناء انما يخرج بعض ما تناوله الصدر عن حكمه وما يدخل تبعا ليس مما
يتناوله اللفظ كالمفاتيح لا يتناولها اسم الدار فلا تستثنى واما قول المصنف بيع الاصل يتناولها اي الاصل والتبع فلا **مستثنى**
يكون على خلاف الموجب فلا يفيد لان الاستثناء ليس الا اخراج من حكم الصدر وحكمه هو موجبه فلو صح ذلك بطل الايجاب
واصلاحه ان يريد بالمتناول ما ثبت الحكم بطريق التبعية والاستثناء يكون على خلاف الموجب اي طريق الاستثناء ومعيته لا
موجبه وذلك لا يجوز واذا لم يصح الاستثناء بقي شرطا فاسدا وفيه نفع للبايع والبيع يبطل به والكتابة والاجارة والرهن
بمنزلة البيع لانها تبطل بالشروط الفاسدة والاصح ان يقال تبطل بالشروط الفاسدة لانها عقود معاوضة فيجعل
بطلانها بالشروط الفاسدة اثر المشابهة وتعلل المشابهة بانها عقود معاوضات الا ان الفساد في الكتابة
شرط فاسد تمكن في صلب العقد وهو ما يقوم به العقد مثل ان يكاتب المسلم عبده على خمر او خنزير او على ان يسلم
فالكتابة به فاسدة لتمكن الشرط المفسد في صلب العقد بخلاف البيع فانه لم يفسد بالشرط المقارن في صلب العقد وغيره وانما
اختص فساد الكتابة بالشرط بذلك لشبهة الاعتاق والنكاح من حيث ان احد البدلين ليس بمال لتحقق نفسه وكونه
معاوضة انما هو بالنسبة الى السيد في الاتيان فكان له شبهان شبه بالبيع وشبه بما ليس بمعاوضة فيفسد بالمفسد
القوي وهو ما تحقق في صلب العقد باعتبار شبهة البيع ولم يفسد بما ليس كذلك لشبهة بالعتق والنكاح وهما لا يفسدان
مطلقا بالشرط الكائن في صلب العقد وفي غيره واما الهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فلا يبطل
بالشروط الفاسدة ويبطل الشرط فلا يبطل باستثناء الحمل فلو قال لعبدك او تصدقت عليك بهذه الجارية الا حملها
او تزوجتك على هذه الجارية او اخلعتني عليها الا حملها او جعلت بدل الصلح الا حملها صحت هذه التصرفات وبطل الاستثناء
ويدخل الحمل والهبة وان كانت من قبيل التمليكات لكن عرفنا بنص ابطالها بالشرط الفاسد لانه صلى الله عليه وسلم
اجاز العمري بشرط عود المعمر فتصير العمري لورثة الموهوب له لورثة المعمر واما الوصية فلا يبطل باستثناء
الحمل بل تصح بالاستثناء حتى يكون الحمل ميراثا والجارية وصية لان الوصية اقرب الى الميراث والميراث يجري في الحمل بخلاف
ما اذا استثنى خدمتها بان وصى بجارية لانسان واعتقها لغيره لا يصح الاستثناء لان الميراث لا يجري في الخدمة والعلة ما تقرر
حتى لو اوصى بخدمة الجارية او غلتها لفلان فان فلان بعد صحة الوصية لا يرث ورثته خدمتها وغلتها بل تعود الى
ورثة الموصي بخلاف ما لو اوصى بحمل جاريته لآخر حيث يصح ويكون حملا له واورد على الاصل ان الخدمة يصح افرادها
بالوصية فيجب ان يصح استثناؤها اجيب بمنع لزوم ذلك بدليل قولهم لو كان ثمنا في البيع جاز ان يكون اجرة
في الاجارة ولم يلزم لو كان ثمنا في البيع اجرة في باب الوصية ليس بعقد حتى صح قبول الموصى بعد موص الموصي والعقد
بعد المون لا يصح فلا يرد نقضا **فروع** باع صبرة كل بابة الا عشرها فله تسعة اعشارها بجميع الثمن ولو قال الا ان
عشرها فله تسعة اعشارها بتسعة اعشار الثمن فلا فالمأروي عن محمد انه بجميع الثمن فيهما وعن ابي يوسف لو قال ابيعك
هذه الماية شاة بمائة على ان من يأ او ربي هذه فسد ولو قال الا من كان بقي بمائة ولو قال وبيا نصفها كان النصف

ان يجوز الاول ايضا لانه ذا حامل بيع احدهما بعينه ونصف الآخر شايعا صفقة واحدة من ذلك ولو باع هذا الف
الا نصفه بمائة فقد باع نصفه باربع مائة **قوله** والبيع الى النيروز وهو يوم ينزل طرف الربيع واصله نوروز
عرب وقد تكلم به عمر رضي الله عنه فقال كل يوم لنا نوروز وزعم ان الكفار يعظمون به والمهرجان يوم ينزل
الخريف معرب مهركان وقيل هما عيدان للمجوس وصوم النصارى وفطر اليهود اذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد
لجهالة الاجل وعرف بهذا التعليل ان المراد بالموجل هنا هو الثمن لا المبيع لان مجهول الاجل المبيع مفسد ولو كان الاجل
فلانيا سبب تعليل فساد تاجيل المبيع بجهالة الاجل وبقوله اذا لم يعرف الى آخره ان الفساد بالتاجيل لجهالة هذه بناء على
معرفة خصوص اوقاتها عند المسلمين فلو كانا يعلمان ذلك صح قيل وتخصيصه اليهود بالنظر ظاهر في ابتداء صومهم غير
معلوم والحاصل ان المفسد الجهالة فاذا انتفت بالعلم بخصوص هذه الاوقات جاز وكذا اذا كان التاجيل الى فطر النصارى
بعد ما شرعوا في صومهم لان مدة صوم الايام معلومة وهو خمسة وخمسون يوما واعلم ان كون التاجيل في الثمن يصح اذا كان
الاجل معلوما هو في الثمن الدين اما لو كان ثمنا عينا فيفسد البيع بالاجل فيه للغرر الذي ذكرناه عند التاجيل المبيع
عند قوله ومن باع عينا على ان يسلمه الى راس الشهر وقوله كالمبتاع على الحاكمة الحاكمة استفعال من الحكم
والحكم في المعنى هو الموجود في البيع عادة وهو يوجب المنازعة فكانت المنازعة ثابتة في البيع لوجود سببها
في الجملة وعند جهالة وقت القبض يحمل اخرى على وجه يفيد بالدين والغرض ولا يرتفع العقد مع ذلك وحقيقة هذا يعلم
تعليلا لقولنا لا يحتمل البيع هذه الجهالة اليسيرة خلافا للكمالة ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج والحصاد ونحو الحاكوسرها
ومثله القطاف وهو للعنب والدياس وهو دوس الحب بالقدم بتشديد واصله الدواس بالواو لانه من الدوس قلبت
ياء للكسرة قبلها والجزاز اي جز صوف الغنم لانها تتقدم وتتاخر وذكر شمس الائمة ان المراد به جزاز النخل ولو فعل الى
هذه الاوقات جاز لان الجهالة اليسيرة متحملة في الكمالة وهذه الجهالة يسيرة مستدركة اي قريب تداركها
وازالة جهالتها وتحليل الدليل هكذا اهذه جهالة يسيرة وكل جهالة يسيرة متحملة في الكمالة لانها عقد تبرع مبني على
المسامحة فهذه متحملة فيها وعلى هذا فاسوا المورد من قبل شمس الائمة وهو كون الجهالة اليسيرة متحملة في موضع
لا يدل على ان يكون التاجيل الى هذه الاوقات المجهولة متحملا الا يرى ان الصداق يتحمل الجهالة حيث تحمل جهالة وصفه
ثم لا يصح فيه اشتراط هذه الآجال سؤال اجنبي عن هذا المحل بتراجاب بان الاصح صحة هذه الآجال في الصداقات خلافا
لقول البعض انها لا يصح تاجيل الصداق لها واما يرد هذا اذا قيل الجهالة اليسيرة متحملة في الصداق كجهالة الوصف يرد
عليه النقض بعدم تحمل جهالة هذه الآجال وجاب باذكر وقوله لاختلاف الصحابة اخرجه مخرج الاستدلال على انها
جهالة يسيرة فان من الصحابة من اجازها كعايشة رضي الله عنها اجازت البيع الى العطاء وابن عباس منعه وبه اخذنا ولو
كانت جهالة قوية لم تختلفوا في عدم الصحة معها وقد قالوا ان العطاء كان لا يتقدم ولا يتاخر فجاز كونه تاجيلا اذ ذاك
لصدق الخلفا الراشدين في مبادئهم في صرفه واما الآن فيتاخر عن مواعيدهم كثيرا فلا يصح التاجيل اليه الآن فان صح
هذا فكيف يتصور رد ابن عباس خلافه والظاهر انه كان يتقدم ويتاخر قليلا بنحو يوم او يومين فاهدر عايشة واعتبر
ابن عباس ما قبل اليسيرة ما يكون الموجب لجهالة التردد في العدم والتاخر والفاحشة هي ما يكون التردد في
نفس الوجود كهبوب الريح وقوله ولانه معلوم الاصل اي والان الذي معلوم فاعاد الضمير عليه لانه للكمالة اذ يستلزم
دينا بمعنى الاصل وهو الذي معلوم والجهالة في وصفه وهو كونه موجلا الى كذا الذي قد يتقدم وقد يتاخر وقوله
الى آخره استدلال لتعليل لقوله لانه معلوم الاصل وحاصله انه اثبت كون الجهالة اليسيرة باختلاف الصحابة في
مثلها وان الدين المكفول به معلوم الاصل فلم تبق جهالة الا في الوصف وجهالة الوصف يسيرة ثم ارتفع الى اولوية
صحة هذه الآجال في الكمالة بان بعض الكفالة تحمل جهالة الاصل فالكمالة بما ذاب الله على فلان والذوب غير معلوم
الوجود فلان تحمل جهالة الوصف فيها وفي خلافه البيع فانه لا يحتمل في اصل الثمن فكذا في وصفه فاجبه عليه ان يقال
لا يلزم من عدم تحمل اصل الثمن الجهالة عدم تحمل وصف وهو اخف لان الاصل لقوي اجيب بان الاعتراض في العلة بوجه
في الحكم وعلة عدم تحمل الاصل الاقتضا الى المنازعة وهو موجود في جهالة الوصف ثم اذا دان ما ذكره من عدم تحمل
البيع جهالة هذه الآجال هو اذا ذكرت في اصل العقد اما اذا عقد بلا اجل وهو قوله بخلاف ما اذا باع مطلقا ان

تحسين ولو قال بعته هذا الجيد بالف الا نصفه بمائة عن جيد او رديء كل بالف وخمس مائة لان المعنى باع نصفه
بالف الا نصفه الباقي بعد الاستثنا فالنصف المستثنى عين سميه بخمسمائة ولو قال على ان لي نصفه بثلاثمائة او مائة دينار فسد
لانه عالم صفقة في صفقة ولو قال بعتك الدار الخارجة على ان تجعل لي طريقا الى داري هذه الداخلة فسد البيع ولو قال
لا طريقا الى داري الداخلة جاز وطريقه عرض باب الدار الخارجة ولو باع بيتا على ان لا طريق للمشتري في الدار وهي
ان يابه في الدهليز جوز ولو زعم ان له طريقا فظهر ان لا طريق له يرد ولو باعه بالف دينار الا درهما او الا ثوبا او الا
كر منطة او هذه الشاة او هذه الجوز ولو كانت بعينها جاز ولو باع دارا على ان لا بناء فانهدم فيها بنا البيع فاسدا كانه
خاج الى نقض البنا ولو باعها على ان بناءها من اجر فانهدم فهو فاسد بنا على انها حنطان كما لو باعه ثوبا على انه هروي
فظهر بخلافه لو باع الارض على ان فيها بناء فانهدم او انشقت او انهارت بشجرها وليس فيها شجر جاز له الخيار وكذا لو باع علوا
وسفلا فظهر ان لا علو لها ومثله لو اشترى ثوبا على ان ينقطعه البايع ويخيطه قميصا
او قبا فالبيع فاسد باجماع الايمة الاربعة لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وهي بعض صفقتين
في صفقة على ما مر من امتناع الصفقتين في صفقة الا ان هذا على تقدير واحد وهو كون الخياطة بمقابلة شيء من الثمن فهو
شرط اجارة في بيع وما تقدم كان كذلك على تقدير عدم المقابلة يكون اعانة في بيع **قوله** ومن
اشترى نعلا على ان يحذوها البايع المراد اشتراي اديما على ان يجعل البايع نعلا له فاطلق عليه اسم النعل باعتبار ما اوله اليه
ويمكن ان يراد حقيقته اي يعمل رجل واحد منهما على ان يحذو هما اي يجعل منهما مثالا اخر ليتم نعلا للرجلين ومنه حذوت النعل
بالنعل اي قدرته بمثاله قطعته وبدل عليه قوله او يشركه فجعله مقابلا لقوله نعلا اي معنى ان اشترى اديما على ان يجعل
له شراكا فلا بد ان يراد حقيقة النعل فالبيع فاسد قال المصنف رحمه الله ما ذكره يعني العقد وفي جواب القياس
ما بيناه من انه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة احد العاقدين وفي الاستحسان يجوز البيع ويلزم الشرط للتعامل
كذلك ومثله في ديارنا شرا القباب على هذا الوجه على ان يسمر له سيرا وصار كصبغ الثوب مقتضى القياس
منعه لانه اجارة عقدت على استهلاك عين مع المنفعة وهو عين الصبغ ولكن جوز للتعامل ومثله اجارة الظئر
مع لزوم استهلاكه اللبن جاز للتعامل لكن في العوايد المستحق بالجاري فعل الصبغ والخياطة في استيجار الصباغ مع انه
بيع المعدوم وفي ابراعه شرا الصوف الممسوح على ان يحمله البايع فلنسوه او فلنسوه بشرط ان سقط فلي البايع بطانته
من عنده وهذا نوع اخر من الشرط وهو البيع بشرط ان به كذا وما تقدم كان للمشروط معدوما فيشرط ان يفعل من هذا ذكر هشام
عن محمد اشترى شاة على انها حامل يفسد البيع وعن ابي حنيفة في قولان واصحهما يصح وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة وقال
بعض اصحابه القولان في غير الادمي اما في الجواري يصح قولا واحدا وهو قولنا ذكر هشام عن محمد اشترى جارية على انها
حامل يجوز البيع الا ان يظهر ان المشتري يريدها للظؤرة فيفسد لا لحتى ما فيه بعد قرر ان المشتري على ذلك
بل بشرطه وكونه اشترى خلاف ما يحمل عرضه لا يوجب فساد البعد الرضى به وعن الهندواني شرط الحمل من البايع
ما يفسد لان البايع بذكره على بيان العيب عاده ولو وجد من المشتري يفسد لانه ذكر على وجه استنزاط الزيادة
ولو اشترى بسمسما او زيتونا او حنطة على ان فيها كذا دهنا او يخرج كذا دقيقا فالبيع فاسد وبه قال ابو حنيفة ولو
شرط في الشاة انها حلوب او لبون لم يذكر محمد واختلف فيه فالكرخي يفسد والطحاوي لا يفسد وهو قول ابي حنيفة لان
فيه والوجه ان لا يجوز لوقوع المنازعة في ان المعنى الحلوب ما يكون لبنها هذا المقدار او الكثير من هذا الى غاية كذا
ولو كان منفعة الشرط لغير العاقدين كالبيع على ان يقرض فلانا كذا ففيه اختلاف المشايخ وقال محمد كل شيء يشترط
على البايع يفسد به البيع اذا شرط على اجنبي فهو باطل وكل شيء يشترط عليه لا يفسد به اذا شرط على اجنبي فهو جايز
وخير المشتري كالبيع بمائة على ان يحيط فلان الاجنبي عشرة جاز البيع وخير المشتري ان شا اخذ بمائة وان شا ترك ولو
ان يوسف لو اشترى على ان يهب البايع للمشتري او لفلان الاجنبي دينارا من الثمن فالبيع فاسد وفي المنتقى خلافه بينهما
اذا كانت الهبة من المشتري قال لو اشترى على ان يهب له دينارا من الثمن جاز وهو حسن لان حاصل هذا حط بعض مشترطا وما
على الشرا بالثمن الا نقص ولو باع رقبة الطريق على ان له حق المرور والسفل على ان له قرار العلو جاز ولو باع عبدين على انه
شريك المشتري في نصف هذا فسد ولو قال في نصفهما جاز كما لو باع هذا الثوب وقال انا شريكك في نصفه ومقتضى النظر

ان ذكر الاجل من العقد صحيحا ثم [illegible] لان الاجل بعد الصحة كان [illegible]
البيوع لانه حينئذ اجل دين من الديون بخلافه في صلب العقد لانه يبطل بالشرط الفاسد وقبول عن الاجل بشرط
فاسد قوله ولو باع الى هذه الآجال ثم تراضيا على اسقاط الاجل قبل ان يحل بان اسقطاه قبل ان ياخذ الناس في الجهاد
والوباس وقبل قدوم الحاج جاز البيع ايضا كما جاز اذا عقد بلا اجل ثم الحق هذه الاجال وقال زفر لا يجوز وتعيد بهذه الاجال
اخراج لما تاجيل بسبب الربح وتحول المطر فانه لو اجل سلما ثم اسقطه لا يعود صحيحا اتفاقا وجه قوله ان العقد
فاسد فلا ينقلب جائزا وصار كما سقاط الاجل في النكاح والكتابة عليه بعد عقده بلا شهود لا ينقلب جائزا
وبيع الدرهم بالدرهمين اذا اسقطا الدراهم لا يعود صحيحا ولنا ان هذه الجهالة مانع من لزوم العقد وليس في صلب العقد
بل في اعتبار امر خارج هو الاجل وصلب العقد البدلان مع وجود المقتضي للصحة وهو مبادلة المال بالمال عن تراض
فاذا زال المانع قبل وجود ما يقتضي سبب الفساد وهو المنازعة عند المطالبة الكائنة عند مجيء الوقت ظهر عمل المقتضي
وهو معنى انقلابه صحيحا بخلاف ما قاس عليه من الاشهاد المتاخر فان عدم الاشهاد عدم الشرط وبعد وقوع المشروط
فاسد العدم الشرط لا يعود ذلك بعينه صحيحا مثلا اذا صلى بلا وضوء ثم توضا له تصير تلك الصلاة صحيحة وانما نظير
ما نحن فيه ان يتوضا قبل عمل المفسد وهو عدم الشرط وذلك قبل الصلاة واما النكاح الى اجل فليس هو عقد النكاح بل
عقد اخر لا وجود له في الشرع بعد نسخ المتعة وعقد من العقود لا ينقلب عقدا اخر بخلاف استقاط الدرهم فيما العقد
والذي يحتاج بعد هذا الى الجواب ما اذا اسقط الرطل الخمر فيما اذا باع بالف ورطل خمر فسر محمد على جواز البيع وانقلابه صحيحا ذكره
في اخر الصرف اللهم الا ان يقال هو تبع للالف الثمن في بيع المسلم بخلاف ما اذا باع بالخمر فانه حينئذ يتعين كون الخمر هو الثمن ويفسد
اذ لا مستتبع هناك فان هذا والحاق زفر بالنكاح الى اجل بطريق الالزام فانه يجيز النكاح الموقت ثم قول المصنف رحمه الله تعالى
وقوله في الكتاب تراضيا اي قول العقد وري في مختصره قوله ومن جمع بين عبده وحر او شاة ذكية وميتة بطل البيع فيما
سوا فصل من كل واحد منهما ولم يفصل وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان سمى لكل واحد منهما ثمنا جاز في العبد
بما سمى له وكذا في الزكية واذا لم يسم بطل بالاجماع وقول ابي حنيفة قال مالك وعن الشافعي في احد قولين وعلى الخلاف
ما اذا باع دنين خلا فاذا احدهما خمر او وضع بين عبد ومدبر او بين عبده وعبد غيره ولم يفصل الثمن صح البيع في العبد بحصته
من الثمن عند الثلاثة وقال زفر فسد فيهما ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وام الولد كالمدبر واجمعوا انه
لو باع عبدين فاستحق احدهما لا يبطل البيع في الآخر لتغاير الاعتبار بالفصل الاول وهو ما اذا جمع بين عبد وحر او لم يفصل
ثمن كل بخلاف ما اذا باع ما لا يصح بيعه مع ما يصح مجموعا صفقته وهو يوجب انتفاء محلية البيع بالكل اصلا فيفسد البيع في المجموع اذ ضد
الكل من حيث هو كل ليس بمال وله في الاول ان الفساد لا يتعدى محل المفسد وبعد تفصيل الثمن يتقرر الموجب وهو عدم
المحلية على الحر ونحوه ولا يتعدى الى غيره لانه حينئذ بلا سبب لان كلا منهما قد انفصل عن الآخر بتفصيل الثمن الا ترى
انه لو هلك احدهما قبل القبض بقي العقد في الآخر لو كان كل منهما عبدا او صار كما لو جمع بين اخته واجنبية في عقد النكاح
بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل منهما لان الفساد حينئذ في الثمن لجهالة ثمنه ولابي حنيفة وهو الفرق بين الفصلين ان الجمع
بين الحر والعبد والجمع بين الاجنبية واخته والمدبر والعبد ان الحر لا يدخل تحت العقد اصلا والبيع صفقة واحدة بدليل
انه ليس للقابل ان يقبل في احدهما بعد جعل قبول العقد في كل شرط في بيع الآخر فقد شرط في قبول العقد قبول الحر
وهو شرط فاسد فيبطل بيع العبد بخلاف النكاح الا يبطل بالشرط الفاسد اما البيع هو الذي وقف على الفضاء والمدبر وام
المكاتب في الاصح خلافا للمارودي عن ابي حنيفة وابي يوسف واجازة ذلك الغير فقد وظواهر العقد لعدم المالية على قول
بعض المجتهدين في ام الولد ايضا فدخلت ايضا على قول ابي حنيفة وابي يوسف الا ان المالك اي مالك العبد المضموم الى
عبد البايع باستحقاقه المبيع وهو الباسه فهم انفسهم رد البيع بعد وجوده فيما يقابله وهذا في ام الولد تبنا على
صحة القضاء ببيعها عند هما خلافا لمحمد وهو تبنا على اجماع التابعين الآتي على ما يرفع خلاف الصحابة السابق عند هما لا يبقى
لرفع خلاف الصحابة وعند محمد نعم فلذا صح القضاء ببيعها عند هما نظرا الى الخلاف وعنده لا اي عند هما لانه لا يبقى نظرا الى الاجماع
وارتفاع الخلاف مع ان قول عبيدة لعلي رضي الله عنه لما قال اراك الى بيعهن بعين رايك مع جماعة اصحابك الباقين رايك وحدك
ظاهر في ان اكثر الصحابة كانوا يمنعون بيعها او كلهم الا علي وقد ذكر الكرخي رجوع ابي يوسف في هذه الطرق فالجارية اذا باعها مشتر

سوجل

مرجل لما بين [illegible] ان استند لوابه على [illegible] الى [illegible] لا يتضح كذا في المبسوط قال ينبغي
ان يكون الجمع بين متروك التسمية عامدا وبين الذبيحة كالجمع بين القن والمدبر على قول ابي حنيفة لضعف العامد في متروكه
للاجتهاد اجيب بالفرق بانه لاجل بالقضاء ويصح بيع المدبر والام فيه غير معتبر بل بنفس الاجتهاد خطا
لمصادمة ظاهر النص هذا وقد جعل الخلاف بينهم بناء على الخلاف في تعدد الصفقة واتحادها فقد تقدم اول الكتاب
البيع ان تعددها عند م بتعدد الثمن وتفصيله وعند ما لا يحمل بذلك التعدد بل لا بد مع ذلك من ذكر ارتفاع البيع
وما في الدرج ان البايع اذا فصل الثمن وسمى لكل ثمنا على حدة واتحد الباقي كانت الصفقة متحدة هو على قول ابي حنيفة
وارد من قبلها ان قبول العقد فيما لا يصح شرط ليس فيه منفعة فلا يكون مفسدا اجيب بمنع استواط المنفعة في
افساد الشرط اولا وليس بشيء ثم لو سلم ففيه نفع لان في قوله قبول بدله وهو مال متقوم والحر ليس مالا فيكون بدله
خاليا عن العوض فيكون ربا وقوله فكان هذا عين رد البيع اشارة الى البقاء يعني وحولهم تحت البيع لان رد البيع بدون
انعقاده لا يصح واذا خرجوا بعد وحولهم لا يكون فيه بيع بالحصة ابتداء بل بقاء كما اذا باع عبدين وهلك احدهما قبل القبض
ينفسخ البيع فيه وحده ويجب حصة الآخر من الثمن وان كان المدبر وما معه محلا للبيع لم يكن جمعه مع الحر يقتضي اشتراط
قبول العقد في غير المبيع **فروع** في الكافي جمع بين وقف وملك والطلق صح في الملك في الاصح وقال الحلواني عند
هما ثم رجع وقال اجاز في الملك كما في العبد والمدبر ولو باع كرما فيه مسجد قديم ان كان عامرا بعد البيع والا لا وكذا
في المقبرة ولو استرى دارا فيه طريق للعامة لا بعد البيع والطريق عيب ولو اشترى دارا بطريقها ثم استحق
الطريق ان شاء امسك بحصته وان شاء ردها ان كان الطريق مختلطا بها وان كان متميز الزمه الدار بحصتها ومعنى اختلاطه
كونه لم يذكر له الحدود وفي المنتقى اذا لم يكن الطريق محدودا فسد البيع والمسجد الخاص كالطريق المعلوم ولو كان مسجد جامع
فسد البيع في الكل وفي بعض النسخ ولو كان مسجد حاهم فسد في الكل وكذا لو كان معهودا او ارضا ساحة لانها بعد
ان يكون اصله مسجد جامع كذا في المجتبى والظاهر ان هذا متفرع على قول ابي يوسف في المسجد الآتي كما سيجيء معلوما
يعاد به ولو باع قرية وفيها مسجد واستثنى المسجد جاز **فصل في احكامه** قال واذا قبض المشتري المبيع في
البيع الفاسد بامر البايع صريحا او دلالة كما يأتي وفي العقد عوضان كل منهما مال لملك المبيع ولزمته قيمته ومعلوم
انه اذا لم يكن فيه خيار شرط لاحد هما فيه من الصحيح لا يملك بالقبض فكيف بالفاسد ولا يخفى ان لزوم القيمة عينا انما هو بعد
هلاك المبيع في يده اما مع قيامه في يده فالواجب رده عينه وقال ان في ملكه وان قبض لانه بالقبض في المبيع الفاسد يحظر
ولا يزال به نقمة الملك وكان البيع فسخ للشروعية للنقاد بين الشروعية والنهي والمراد ان النهي يقتضي انتفاء المشروعية ولهذا
اي لكونه غير مشروع لا يفيد الملك قبل القبض ولو كان مشروعا لثبت قبله كما في البيع الصحيح وصار كما اذا باع الخمر بالدراهم
او باع الخمر بالدراهم فان الاتفاق على انه لا يفيد الملك في الوجهين وما دام الانتفاء مشروعية السبب ولنا انه اذا كان العقد
مدرجا من اهله في محله ولا خفاء في الاهلية وفي المحلية وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الحلام اي الكلام مفروض فيما اذا كان
في العقد عوضان سالما ان قوله نقمة الملك ممنوع بل ما وضعه الشرع سببا لحكم لغائي عنه
على وضع خاص فتعمل مع ذلك الوضع راينا من الشرع انه اثبت حكمه دائما اصله الطلاق وضعه لازالة العصمة
وكفى عنه بوضع خاص وهو ما اذا كانت المراة حايضا ثم راينا انه اثبت حكم طلاق الحايض فازال به العصمة حتى اجرانه
عمر بالرجعة رفقا للعصية بالعدد المكن والتم المطلق وصار هذا اصلا في كل سبب شرعي نهي عن مباشرته على الوجه الخلاف
اذا بوشر معه يثبت حكمه ويعصى به وقوله النهي ينسخ للمشروعية معنى عند انتفاءه مع الوصف فنقول ما نريد
من انتفاء مشروعية السبب كونه لم يؤذن فيه مع ذلك الوصف او كونه لا يفيد حكمه ان اردت الاول سلمناه ومنعنا
انه مع ذلك لا يفيد حكمه مع الوصف المقتضي للنهي كما ارينا كما من الشرع وان اردت الثاني فهو محل النزاع وهو ممنوع
مصادرة حيث جعلت محل النزاع جزء الدليل لا بقاء فايدة حينئذ لان فايدته التحريم والتاثيم وهو موضع
النهي فانه للتحريم او الكراهة التحريمية اذا كان ظني الثبوت وهذا خلاف ما اذا لم يكن الثابت الا ركن العقد بان لم
يكن الا بان عقد على الخمر او الميتة لعدم الركن فلم يوجد السبب اصلا فلا يفيد الملك فوضعنا الاصطلاح على الفاسد
والباطل باعتبار اختلاف حكمهما تمييزا فيما لا يفيد حكمه باطلا وما يفيده فاسدا اخذا من مناسبة لغوية

تقدمت اول باب البيع الفاسد ... المشاع النهي يفيد الصحة لاقتضاء النهي ... تصور المنهي عنه ولا فائدة فليس بذاك لان كونه يقتضي تصور المنهي عنه ... لا يفيد لانه اذا فعل هذا المتصور بيع غير مشروع وان اراد وا تصوره شرعيا اي ماذونا فيه ... تصوره مشروعا مع ان النهي قلنا سلماه ولكن الثابت بصورة النهي هو المقرون بالوصف فهو غير مشروع ... وهو اصله بمعنى البيع مطلقا عن ذلك الوصف غير الثابت هنا فلا فائدة في هذا الكلام اصلا اذ نسلم انه مشروع باصله اعني ما لم يقترن بالوصف وهو مفقود فلا يجدي شيأ وحينئذ فقوله لان نفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك يقال عليه ما تريد بنفس البيع الذي ليس فيه الوصف الذي هو متعلق النهي او ما فيه ان قلت الذي ليس فيه سلماه وبه تنال نعمة الملك لكن الثابت البيع الذي ليس كذلك وهو ما فيه الوصف المشار النهي فلا تنال به نعمة الملك فيحتاج لما ما قررناه من منع ان السبب اذا كان مما نهي عنه افاد الملك ... بين ما نحن فيه وبين البيع وقت النداء في ثبوت الملك عند عدم كون النهي لعين المنهي عنه كما اذا كان مع عدم ثبوت الركن واما النهي للمجاور ... فالنهي للمجاور يفيد الكراهة لا الحظر والنهي للوصف اللازم كالحظر فيه يفيد الحظر هذا الا اذا قوبل وبالله التوفيق مع ذلك ان الخمر والخنزير ليسا مما يتمول شرعا فان الشارع اهانها بكل وجه حتى لعن حاملها ومعصرها مع انها منقومة حالة الاعتصار بل الوجوه حينئذ بينة ان يصير خمرا وبالبناء اكل ثمنها وهي مالية في شرع اهل الكتاب على زعمهم وحيث امرنا ان نتركهم وما يدينون فقد امرنا باعتبار بيعهم اياها وبيعهم بها فاذا كان احد العوضين خمرا او خنزيرا في بيع المسلم فهو باطل ... يفيد الملك في البدل الاخر وان كان ثمنا وان كان في بيعهم صحيح والله اعلم وقوله وانما لا تثبت الملك قبل القبض الى آخره جواز عن سؤال مقدر وهو انه اذا كان هذا البيع يفيد حكمه فما وجه تراخيه عنه لما وقت القبض وحاصل الوجه فيه انا قد بينا ان سبب محظور وانما هو لسبب محظور طلب الشرع رفعه بالقدر الممكن واثبت حكمه كما امر عبر احمة الحايض فوجب وذلك في البيع وحيث امرنا باعدامه بعد فعله صار فيه ضعف ورأينا حكم السبب قد تأخر عنه في الشرع لسبب من الاسباب فاخرناه لما القبض فانه بتأكد العقد فيوجب حينئذ حكمه كالهبة لما ضعف السبب فلم تثبت الملك فيها الا بالقبض وقوله لما لو ... لما تقرر ان الفساد اي لما زيادة تقرير فان المبادرة اليه تزيده وجود اصل انه واجب الرفع فلا يفعل ذلك وقوله وان كان الخمر مثمنا فقد خرجناه بريد ما قدمه من بطلان البيع اذا كانت مبيعة لانه في جعلها المقصود بالعقد اعزازا لها وقوله وشيء اخر اي وجه اخر لبطلان العقد اذا كانت مبيعة وهو ان الواجب حينئذ تسليم قيمة الخمر ان المسلم ممنوع عن تسليمها والقيمة لا تكون الا دراهم او دنانير فتصير القيمة مبيعة لما مر ان المقابل للسلم من النقود ثمن لا يبتاع الا ما نع من ذلك فان الدراهم والدنانير اذا قوبلت عملا صار كل منهما مبيعا وتمنا وقد قوبلت بالدراهم فاذا نزلت القيمة مكانها صارت دراهم مقابلة بدراهم لا نقول لما ثبت لعدنا كون كل مبيعا وتمنا وهنا يلزم مبيعا ليس غير وقد قيل لما كان الواجب بقبض المبيع في الفاسد القيمة لا الثمن والمدفوع في بيع الخمر قيمتها آل الى الصرف فتكون القيمة مبيعة وتمنا كالقيمة التي يدفعها المشتري ثم شرط في الملك ان يكون القبض باذن البائع وهو الظاهر من المذهب لما انه يكتفي الاذن دلالة كما اذا اجتره فقبضه في مجلس العقد ولم يمنعه البائع استحسانا هو الصحيح لان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه حضرته قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق اما اذا كان امره بالقبض فانه يملكه ولو كان القبض مع غيبة البائع ولو قيل لا نسلم ان هذا البيع تسليط لما تعدم من ضعفه عن افادة حكمه بنفسه وهذا هو وجه الرواية المقابلة للصحيح وتسمى الرواية المشهورة فالجواب ان ضعفه انما يؤثر منع ثبوت حكمه بمجرده لا منع قبضه مطلقا وصار كالهبة في ضعف السبب مع ان القبض قد يأتي في مجلس العقد يصح استحسانا وان الضعف يكفي فيه لكون التسليط الذي تبتنيه مقيدا بالمجلس حتى لو قبضه في غير ذلك المجلس بحضرته ولم ينهه لا يصح قبضه قياسا واستحسانا وعن الهندواني انه قال يجب ان يكون القبض بعد الافتراق عن المجلس بخيار اذ نه اذا كان اداء الثمن مما يملكه البائع بالقبض اخذا من الطلاق سيأتي واما ما ذكر في المأذون من اشتراط اذن البائع في صحة القبض بعد الافتراق فتأويله اذا لم ينقد الثمن او كان الثمن حمرا لان لا يملك بالقبض فاما اذا ملك به فلا يحتاج الى الاذن ويكون قبض الثمن منه اذنا منه بالقبض وفي المجتبى في التحلية

اختلاف

من ابنه الصغير فاسدا واقبضه ... عنده وهي حاضرة ملكها وقوله فيخرج عليه ... البيع الفاسد عدم البيع وبطلانه بالبينة والدم والحد والبيع بالرفع والبيع من ... الثمن كلا باطلة لعدم المال في العوض والبيع بالرخ بحسب ما يقال من الهملات الكلامية وقيد بنفي الثمن لانه لو سكت عن الثمن فلم يذكر اه ... ولا اثبات العقد فاسد ويثبت الملك بالقبض موجبا للقيمة لان مطلق البيع يقتضي المعاوضة فاذا سكت عن عوضه كان عوضه قيمته وكأنه باعه بقيمته فيفسد البيع وقوله لزمته قيمته يعني يوم القبض ولو زادت قيمته في يده فالمذهب لانه انما دخل في ضمانه بالقبض فلا يتغير كالغصب وقال محمد عليه قيمته لانه بالاستهلاك تقرر عليه الضمان فيعتبر قيمته حينئذ كذا في الكافي وهذا في ذوات القيم فاما في ذوات الامثال فيلزمه المثل وهذا العدديات المتقاربة لانه مضمون بنفسه اي بالقيمة واحترز به عن البيع الصحيح هذا والقول في الغيبة والمثل قول المشتري لانه الضامن فالقول له في العدد البينة فيه بينة البائع **قوله** ولكل واحد من المتبايعين فسخه رفعا للفساد اي للعصمة فرفعه حق لله تعالى فان نفس العقد مكروه والجري على موجبه بالتصرف في المبيع بتمليك او انتفاع بوطيء او لبس او اكل لذلك اي يكره لما فيه من تقرير العصمة وهي كرامة الخنزير وجه ان يكون حراما ... الاجماع على منعه شرعا قطعي يوجب الحرمة وعرف من تعليل المصنف ... فسخه غير انه اراد بمجرد بيان ثبوت ولاية الفسخ موقع تعليله اخص من دعواه وحاصل المنقول في المسئلة انه اذا كان الفساد في صلب العقد وهو ما يرجع الى الثمن او الثمن كبيع درهم بدرهمين او ثوب بخمر فيملك كل فسخه بحضرة الآخر عندنا لانه وان كان حق الشرع فيه الزام موجب الفسخ فلا يلزمه الا بعلمه وعند ابي يوسف بغير حضرته ايضا ولم يحك المصنف هذا الخلاف واه كان الفساد بشرط زائد كالبيع على ان يقرضه ونحوه او الى اجل مجهول فكل واحد يملك فسخه قبل القبض واما بعد القبض فيه تفصيل من له منفعة الشرط والاجل بالفسخ كالبائع في صورة الاقراض والمشتري في الاجل بحضرة الآخرون من عليه عند محمد رحمه الله لان منفعة الشرط اذا كانت عائدة عليه صح فسخه لانه يقدر ان يسقط الاجل فيصح العقد فاذا فسخه فقد ابطل حقه لقدرته على تصحيح العقد وعندهما لكل منهما حق الفسخ لانه مستحق لله تعالى فلا تنتفي اللزوم عن العقد والعقد اذا كان غير لازم لم يتمكن كل من فسخه كذا في الذخيرة والايضاح والكافي فعلى هذا المذكور هنا قول محمد وحده وهذا اذا كان المبيع في يد المشتري على حاله لم يزد ولم ينقص اما لو زاد المشتري في يد المشتري زيادة متصلة متولدة من الاصل او منفصلة كذلك او انتقص بآفة سماوية او بفعل الغير بايعا او مشتريا او اجنبيا فسنذكره وقوله لانه الى آخره جواب سؤال يرد على قوله لقوة العقد وهو انه لما كان قويا ينبغي ان لا يكون لاحد ولاية الفسخ وان كان له منفعة الشرط فاجاب بالقياس ذلك الا انه لما لم تتحقق الاراضاء بفسخه كان له الفسخ **قوله** فان باعه اي باع المشتري ما اشتراه شراء فاسدا بيعا صحيحا نفذ بيعه لانه ملكه فكذا التصرف فيه وسقط حق البائع الاول في الاسترداد لتعلق حق العبد الثاني وتقض الاول ما كان لاحق الشرع وحق العبد عند معاوضة حق الله تعالى يقدم باذن الله لغناه سبحانه وسعة عفوه وجوده وفقر العبد وضيقه ولا ينقض بالصيد اذا احرم مالكه وهو في يده حيث يقدم حق الشرع على العبد لانا نفوت الواجب عليه الملاقة لا اخراجه عن ملكه فيطلقه بحيث لا يضيع عليه وهنا جمع بين الحقين ولا ينقض باسترداد وارث البائع من المشتري مع انه تعلق به حق العبد وهو الوارث لان الحق المتعلق للوارث هو نفس الحق الذي كان للمشتري وكان مشغولا بحق البائع في الرد فينتقل اليه كذلك اما الموصى له بالمبيع فكالمشتري الثاني فليس لورثة البائع استرداده منه لانه لم يملكا منجد دا بسبب اختياري لا بتصرف من المشتري ولو قيل المشتري الثاني ايضا انما ينتقل اليه المبيع مشغولا بذلك الحق لان ذلك كان فيه للبائع الاول وليس في قدرته ان يبطل حقه فلا يصل ما باعه الى المشتري الا مشغولا بذلك احتاج الى الجواب وايضا الاول مشروع باصله ووصفه والثاني مشروع باصله ووصفه فلا يعارضه لزيادة قوته ولانه اتى البيع الثاني حصل بتسليط من جهة البائع الاول لان المالك منه مع الاذن في القبض مسلط على التصرف ولا يتمكن من الاسترداد من المشتري الثاني والا كان ساعيا في نقض ما تم به ويؤدي الى المناقضة قيل عليه فعدم تمكنه من الاسترداد في بيع فسخه حينئذ اولى والجواب انه قبل بيع المشتري وتصرفه لم يكن باسترداده ساعيا في نقض ما تم به لان التمكين من جهة تسليطه

على البيع وتمامه بان يفعل المسلط ما
العوات بفعل المسلط فاذا لم يتدارك حتى فعل وتعلق بعين حق فقد فوت على نفسه المكنة بتقصير وصفة الحال ان حق
كل من البايع والمشتري ليس الا التدارك برفع المعصية بالتوبة ومتى اخر حتى تعلق حق عبد من المشتري والموهوب له والموصى له
فقد فوته اما الوارث فانه مامور بخلاص ميته من المعصية ما امكن شرع له ذلك لحق لذلك وهذا بخلاف نصف المشتري
في الدار المشفوعة بالبيع والهبة فانه لم يتعلق حق الشفيع وله ان ينقض هذه التصرفات ويأخذها بالشفعة وان تعلق بها حق الغير
لان حق الشفيع وحق البايع من الوجه فيعارضه ويترجح الشفيع لانه اسبق وانه لم يوجد من الشفيع تسليط على الشراء الذي في
البيع واورد ينبغي ان يكون حق المشتري اولى من حق الشفيع لانه ثان فيكون ناسخا اجيب بانه انما ينسخ اذا كان مثله في القوة
والسبق من اسباب الترجيح فترجح الشفعة **قوله** ومن اشترى عبدا عالما انه مأذون له في التجارة فباعه او وهبه وسلمه فهو بالخيار وعليه العقر لما ذكرنا من انه ملكه بالعقد فتستند تقرراته فيه وانما وجب العقر لانه
بالاعتاق قد هلك فيتعذر الايأس عن الاسترداد فتغيبت العين وبالبيع والهبة انقطع حق الاسترداد على ما مر في المسلة
قبلها من انه تعلق به حق العبد اعني المشتري الثاني والاسترداد لحق الشرع وحق العبد مقدم فقد فوت المكنة بتأخير التوبة
والكتابة والرهن بعد قبضه تطرأ البيع يعني اذا كانت العبد المبيع بيعا فاسدا او رهنه فهو نظير البيع لانها لازمة
فتلزمه القيمة الا انه يعود بمجز المكاتب وفك الرهن ولا فايدة في تخصيصها بذلك بل يعود حق الاسترداد في البيع
والهبة اذا انتقضت هذه التصرفات كالرد بالعيب والرجوع في الهبة ولولا قضاء لانه عاد اليه قديم ملكه ثم حق
الاسترداد انما يعود اذا لم يتعلق بالقيمة على المشتري فان قضى بها عليه ثم عاد الى ملكه ليس للبايع ان يسترده لتحول حقه
من العين الى القيمة كما لو غصب المغصوب اذا ابق فقضى على الغاصب بقيمته ثم رجع ليس للمالك اخذه لما قلنا وقوله وهذا
بخلاف الاجارة فانه اذا اجر المشتري شراء فاسدا لا ينقطع به حق الاسترداد لان الاجارة تنفسخ بالاعذار ورفع الفساد
عذر ولان الاجارة تنعقد شيئا فشيئا فيكون الاسترداد بالاضافة الى المنافع التي لم تحدث امتناعا عن العقد على الكمال
كالاجارة لانه عقد على منفعة فاذا زوج المشتري الجارية المشتراه شراء فاسدا كان البايع ان يسترد كالان حق الزوج
في المنفعة لا يمنع حق البايع في الرقبة ولانه لا يفوته ملك تلك المنفعة فان مع الاسترداد النكاح قائم كما لو زوجها البايع
ثم تصير بحيث له منعها وعدم تبوئتها معه بينا غير انه اذا ظفر بها له وطؤها ولو قطعت يد العبد المشتري شراء فاسدا
واخذ المشتري الارش او ولدت الجارية واخذ موجبه ذلك للبايع الفسخ ويرد الزيادة عليه ولو قطع الثوب وخاطه
او بطنه وحشاه انقطع الاسترداد كما في الغصب ولو صبغه فعن محمد رحمه الله يخير البايع بين اخذه واعطاء ما زاد الصبغ
فيه وتركه وتضمين قيمته كالغصب والحاصل ان كل تصرف لو فعله الغاصب انقطع به حق المالك اذا فعله المشتري
انقطع به حق الاسترداد للبايع وذكر الكرخي ان الصبغ بالصفرة يمنع الاسترداد وعن محمد انه كالغصب ولا يمنع الاسترداد
بموت المولى المشتري فيسترط البايع من الوارث ولا بموت البايع فيسترده وارثه من المشتري وزيادة المشتري شراء
فاسد لا يمنع الاسترداد الا اذا كانت بفعل المشتري كالخياطة والصبغ ونقصانه بفعل المشتري او بفعله في نفسه
او بافة سماوية لا يمنع فيسترده البايع مع ارش النقصان وليس له ان يتركه عليه ويضمنه تمام القيمة وان كان بفعل
اجنبي فله ان يأخذ الارش من المشتري وان شاء اخذه من الجاني وفي قتل الاجنبي ليس له تضمين الجاني ولو ولى المشتري الجارية
لا يمنع الرد منه ولا الاسترداد من البايع فلو رد او استرد لزمه العقر للبايع اما ان الثاني ضمن قيمتها **قوله** وليس
للبايع في البيع الفاسد ان يأخذ المبيع حتى يرد الثمن قيل يعني العين التي اخذها من المشتري وليس بلازم بل قد يكون ذلك
او الثمن الذي تراضيا عليه كيف كان ليس له اخذه حتى يرد ما اخذه لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن وعلى
هذا الاجارة الفاسدة والرهن الفاسد والعرض الفاسد اعتبارا بالعقد الجايز اذا اتلفه المستأجر او حبس
ما استأجره حتى يأخذ الاجرة التي دفعها للموجر وكذا المرتهن حتى يقبض الدين لان هذه عقود معاوضة فتجب التسوية
بين البدلين ولو مات البايع بيعا فاسدا او الموجر اجارة فاسدة او الرهن او المقرض كذلك فالذي في يده المبيع او
الرهن احق بثمنه من غرماء الميت لانه مقدم عليه في حياته فكذا بعد موته وغرمائه بعد وفاته الا ان الرهن مقدم
بقدر الدين والمشتري بقدر ما اعطى فما فضل فللغرماء بخلاف ما اذا مات المحيل وعليه دين ولم يقبض المحال الدين او الوديعة

من

الاختصاص اما بوجبه بثبوت الحق مع التأييد لا مجرد الحق مع التأييد للمحال حتى ان المحال صار متمكنا من المحال كما في الرهن ان
يأخذها المشتري بعينها لان تعين في البيع الفاسد وهو الاصح خلافا لما ذكر ابو حفص انها لا تتعين كما في البيع الصحيح والفرق
لكن سياتي ما يقوي رواية ابي حفص لان البيع الفاسد بمنزلة الغصب والثمن في يد البايع كالمغصوب وان كانت مستهلكة قال
المصنف رحمه الله احد مثلها وكذا ذكر قاضي خان وذكر في الفوايد الظهيرية وفخر الاسلام وجماعة في شروح الجامع انه يباع
البيع فان فضل شئ عما دفعه يصرف الى الغرماء والشك انه غير لازم لان الواجب له بعد الاستهلاك مثل حقه المستهلك وهو
الدراهم **قوله** ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري او غرس فيها اشجارا فعليه قيمتها وانقطع حق البايع في استردادها
بالبناء والغرس وقال ابو يوسف ومحمد ينقض البناء وتقلع الغرس وتسترد الدار لهما ان حق الشفيع في الدار التي يستحق فيها
الشفعة اضعف من حق البايع بيعا فاسدا لان الاسترداد بدليل انه يحتاج في ثبوت الملك له في الدار الى القضاء ويبطل بان خيار
عيب العلم وما يورث وهو حق البايع في الاسترداد لا يتوقف على قضاء ولا يبطل وتثبت لورثته والاتفاق على ان حق الشفعة
الاضعف لا يبطل بالبناء والغرس فاقويها وهو حق البايع اولى الا يبطل بما فيثبت بدلالة ثبوته ولابي حنيفة ان البناء والغرس
مما يقصد بهما الدوام وقد حصل بتسليط البايع فينقطع به حق الاسترداد كما البيع والهبة بخلاف حق الشفيع فانه وان كان
اضعف لم يوجد ما يبطله وهو تسليطه على الفعل اعني البناء بفعل يقتضاه وهو النقض والقلع وهذا لا يبطل بالبيع والهبة
ايضا بل يأخذها من يد المشتري الثاني بالشفعة لان البيع ليس بتسليط منه وهذه المسلة من المسايل التي انكر فيها ابو
يوسف الرواية لمحمد على الوجه المذكور في الجامع فقول المصنف وشك يعقوب رحمه الله في حفظ الرواية عن ابي حنيفة
بذلك قالوا شك في حفظ الرواية عنه لا في مذهبه يعني ان مذهبه معروف انه ينقض البناء ولكن يجب القيمة على
المشتري فان محمدا نص على هذا الاختلاف في كتاب الشفعة فانه قال اذا بنى في الدار المشتراة شراء فاسدا فللشفيع
الشفعة عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لا شفعة فهذا دليل على ان الرواية عن ابي حنيفة ثابتة لان حق الشفعة عند ابي
حنيفة رحمه الله وعندهما لا شفعة فهذا دليل على ان الرواية عن ابي حنيفة ثابتة لان حق الشفعة في الدار المبيعة بيعا
فاسدا مبني على انقطاع حق البايع في الاسترداد فلولا قوله بانقطاع حق الاسترداد بالبناء لم يوجب الشفعة
فما غير ان حكاية شمس الايمة قول ابي يوسف لمحمد ما رويت لك عن ابي حنيفة انه يأخذ قيمتها وانما رويت لك انه
ينقض البناء وقال محمد بل رويت لي انه يأخذ قيمتها صريح في الانكار لا في الشك وصريح في انه ينقل عن ابي حنيفة ما يوافق
مذهبهما وعدم الخلاف وقول المصنف فان حق الشفعة مبني على انقطاع حق البايع بالبناء وتبوئته على الاختلاف مضاه
ان حق الشفعة وجودا وعدما مبني على انقطاع حق البايع بالبناء وجودا وعدما فوجوده مبني على عدمه وعدمه مبني
على وجوده وعلى هذا فتبوئته على الاختلاف بالحر وجماعة من التابعين قالوا وتبوئته بالرفع مبتدا وعلى الاختلاف
خبره وهو عطف على مبني والمعنى بثبوت حق الشفعة مبني على انقطاع حق البايع بالبناء وثبوته حق الشفعة على الخلاف
فضد تثبيت حق الشفعة فهو قابل بانه لم ينقطع وعندهما لا تثبت حق الشفعة فيثبت حق الاسترداد والاقرب
ان لا وجه بتبوئته بثبوت انقطاع حق البايع في الاسترداد والمعنى حق الشفعة مبني على انقطاع حق البايع
بالبناء وثبوت انقطاعه به على الخلاف عنده لا ينقطع فله القلع والهبة وعندهما ينقطع فلا يسترد والثقة
الروايات ان طلب حق الشفعة في البيع الفاسد يعتبر وقت انقطاع حق البايع لا وقت الشراء واورد على
ابي حنيفة لما وجب نقضها لحق الشفيع وفيه تقرير الفساد قلنا لي ان يجب نقضها لحق البايع وهو قوي وبما عدام
الفساد اجيب بمنع الملازمة فان البايع جان والجناية من الشفيع لا يلزم من النقض لاجل حق الجناية منه النقض لحق
حتى قال فيما اذا نقض البناء والغرس لاجل الشفيع ينبغي ان يعود حق البايع في الاسترداد كما اذا فسخ البيع عن
العبد اجيب بان المانع من الاسترداد انما يزول بعد ملك الشفيع فيثبت حق نقض البناء والغرس حكما لملكه هذا
وقولهما اوجه لان قول ابي حنيفة ان البناء ما يقصد به الدوام يمنع للاتفاق في الاجارة على انجاب القلع فظهر انه
قد يراد للبقاء وقد لا فان قال المستأجر يعلم انه يكلف القلع فيتحمله مع ذلك دليل على انه لم يرد البقاء فلذا المشتري
شراء فاسدا انه يكلف القلع عندنا وقولك لا يلزم ذلك محل النزاع فاقول الامر ان يعلم الخلاف ويجوز ان يكلف

النقض فتعلمه مع ذلك دليل قصد الماعدم البقاء الا مدة ما دام يحتمل العضو لما انه انتقل به حق العضو عن
عن الصواب لان ذلك فيما اذا كان العبد عند اخراجه الى المولى اشتراه شراء فاسدا او قبل الهبة فيه بطريق صحيح وما
نحن فيه فعل الغاصد الجاني بعقده هو الذي بنى بلا يستحق بجنايته وفعله المقرر لمعصيته ان يقطع حق الغاصد للتوبة
وهو في الحقيقة حق الله تعالى بخلاف ما انتقل به حق من الجناية منه فانه حل وعلا اذن في تقديم حقه **قوله** ومن
اشتري جارية بيعا فاسدا وقبضها فباعها المشتري وربح فيها تصدق بالربح وطيب لبايعه ما ربح في الثمن
الذي قبضه من المشتري اذا عمل فيه ربح والاصل في هذا ان المال نوعان نوع لا يتعين في عقود المعاوضات كالدراهم
والدنانير ونوع يتعين وهو ما سواهما والخبث نوعان خبث في البدل لعدم الملك في المبدل وخبث لفساد
الملك فالخبث لعدم الملك يعمل في النوعين حتى ان الغاصب او المودع اذا تصرفا في المغصوب والوديعة وما عرض
او نقد او دابة ثم نماه فضل ربح وجب التصدق به عند ابي حنيفة ومحمد لانه بدل مال الغير فيما يتعين فيتبين فيه
خبيثة الخبث وفيما لا يتعين ان لم يكن ما اشتراه به بدل مال الغير لان العقد لا يتعلق به بل بمثله في الذمة لكنه اما
توسل الى الربح بالمغصوب او الوديعة فتمكن فيه شبهة الربح بمال الغير من حيث انه يتعلق به سلامة المبيع ان نقد
الدراهم المغصوبة او تعذر بها الثمن ان اشتراه بالدراهم المغصوبة وتقد من غيرها فيتصدق به لان الشبهة معتبرة
كالحقيقة في ابواب الربوا والخبث لفساد الملك دون الخبث لعدم الملك فيوجب شبهة الخبث فيما يوجب فيه عدم
الملك حقيقة الخبث وهو ما يتعين كالجارية في مسئلتنا ويتعدى الى بدلها وشبهة الشبهة فيما يوجب فيه عدم الملك
الشبهة وهو ما لا يتعين وشبهة الشبهة غير معتبرة لان اعتبار الشبهة خلاف الاصل بالنص وهو تحريمه من الربا
والربية فلا يتعدى الا اعتبار ما ورد به كشبهة شبهة الشبهة وهلم فينسد باب التجارة وهو مفتوح فكذا اذا
يتصدق المشتري بالربح فيما يطيب للبايع ما ربح في الثمن والاشك ان هذا انما هو على الرواية القائلة انه لا يتعين
بالعقد في البيع الفاسد اما على الرواية القائلة بتعين فحكم الربح في النوعين كالغصب لا يطيب وقد ذكر المصنف
ان رواية التعين في البيع الفاسد هو الاصح فحينئذ الاصح وجوب التصدق على البايع ايضا بما ربح في الثمن غير ان هذه
المسئلة بعد التفصيل في طيب الربح صنع الرواية في الجامع فان فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل اشترى
من رجل جارية بيعا فاسدا بالف وتقابضا وربح كل واحد منهما فيما قبض قال يتصدق الذي قبض الجارية بالربح
ويطيب الربح للذي قبض الدراهم وعندهما الاصح ان الدراهم لا تتعين في البيع الفاسد كما قالوا وقول المصنف لا تتعين
في العقود اي عقود البياعات بخلاف ما سواها من الشركة والوديعة والغصب وقول بعضهم احترز به عن الوديعة
والغصب والسرقة انما يصح لو كان لفظ البياعات او المعاوضات مذكورا للمصنف وليس كذلك وهذا التفصيل قول
ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يطيب له الربح مطلقا لان عنده شرط الطيب الضمان وقد وجد وعندهما لا يطيب
لا يطيب في الحال لان الدراهم والدنانير تتعين حتى لو استرى بعين الدراهم فهلكت بطل البيع وعندهما كما في البيع المعين
وعندنا لا يبطل ولكن لان يحبسه ويطيب منها عندهما **قوله** وكذا الى آخره قال في الجامع الصغير وكذلك لو ادعى
على آخر مالا فقضاه ثم نقضا وقد كان له عليه شيء وقد ربح الدعي في الدراهم التي قبضها على الكمال فيه يطيب له الربح لان
الخبث لفساد الملك هنا لان الدين وجب بالتسمية اي بالاقرار عند دعواه المال ثم استحق بالتصادق فكان المقبوض
بدل المستحق وهو الدين وبدل المستحق مملوك اي ملكا فاسدا سواء كان عينا او دينا اما عينا فبدليل انه لو اشترى
عبدا بجارية او ثوب ثم اعتق العبد واستحقت الجارية يصح عتق العبد فلو لم يكن بدل المستحق مملوكا لم يصح العتق اذ لا
عتق في غير الملك والعبد بدل الجارية المستحقة واذا ملكه فاسدا فيما لا يتعين لا يميل فيه خبثا فطاب له الربح وفي الجامع
الكبير لقاضي خان بدل المستحق مملوك بدليل ما لو وطئ لا يلزمه حتى يستوفي حقه فيما عدا المديون عبد الغير وبذلك الدين
وقبضه ثم استحق العبد لا يحنث لان المديون ملك ما في ذمته بهذا البيع فيكون مستوفيا حقه فلم يحنث وبيان
فساد الملك في بدل المستحق انه البدل يجب رده وما يبطل البيع فيتمكن فيه شبهة عدم الملك ولو صل الربح في
دراهم غير مملوكة يتمكن فيه شبهة الخبث فاذا حصل من دراهم فيها شبهة عدم الملك كان فيه شبهة شبهة الخبث فلا
يعتبر واعلم ان ملكه باعتبار زعمه انه قبض الدراهم بدل ما يزعم انه ملك اما لو كان في اصل دعواه الذي يعتقد الكذب

فدفع

بيع جارية ثم استحقت بعينها فان الاصح ان البيع لا ينتقض حتى لو ربح البايع فيما قبض من الثمن قبل الاستحقاق
يطيب له ذلك وهذا يدل على ان الاصح في مسئلتنا ان البيع لا ينتقض بالاستحقاق ايضا **قوله** فان دون العشاء واخره عنه وليس
المراد بكونه دونه في حكم المنع الشرعي بل في عدم فساد العقد والا فهذه الكراهات كلها تحريمية لا تسلم ظاهرا الا اثم
ومقتضى النظر عندي ان يكون على اصولنا الشراء على السوم الآخر بشرطه والحاضر للبادي في الخطط والاضرار فاسدا
وتلقي الجلب اذا لبس باطلا او التبس معه الخيار وهذا لان النهي مطلقه التحريم لا لصارف وهذه المعاني المذكورة
سببا للنهي تؤكد المنع لا تصرفه عنه فان في اعتراض الرجل على صوم الآخر بعد الركون وطيب نفس البايع بالمسي اثارة
للعداوة والبغضاء كالخمر والميسر فيحرم ذلك وشراء ما جيء به في وسط الجامعة ليباع على الناس ضرر عام بالمسلمين واهل
الذمة فيحرم وكذا البيع من القادمين من جانبة المتبايعين فانه لم يرض بالثمن المذكور الا على تقدير كونه بسعر البلد فيجب
ان يكون غير منعقد لعدم الرضى به وثبت له خيار الفسخ كقول الشافعي وكقول مالك او منعقدا وثبت له خيار
الفسخ كقول الشافعي وكون الوصف مجاورا او ان ما لا يتغابن بما ذكرنا اذ الاصطلاحات لا تنفي المعاني الحقيقية المقتضية
للبطلان او الفساد على ان معنى الفساد ليس الا كون العقد مطلوب التفاسخ للمعصية مباشرة المنهي عنه وملك البدل
منه بالقبض وتأخر الملك لحق القبض ليس الا لوجوب رفع المعصية برفعه ويجب في هذه البياعات ذلك كله غير انه
لما كان المنع باخبار الآحاد الظنية سموه مكروها على اصطلاحنا ولما كان الركن وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي ثابتا
جعلته فاسدا **قوله** ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش وهو ان يزيد في الثمن وما يزيد الا ليرغب غيره بعد
ما بلغت قيمتها فانه تعزير للمسلم ظلما اذا لم يكن بلغت قيمتها وزاد لما القيمة لا يزيد الخطر فجايز لانه نفع مسلم من غير
اضرار بغيره اذ كان سلعة الغير بالقيمة قال صلى الله عليه وسلم لا تناجشوا في الصحيحين من حديث ابي هريرة رضي الله عنه ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يسلقي الركبان للبيع بعضكم على بعض ولا تناجشوا ولا يبيع حاضر لباد والنجش بفتحتين ويروى
بسكون الجيم **قوله** وعن السوم اي نهى عن السوم في حديث ابن عمر في الصحيحين في لفظ لا يبيع الرجل على بيع اخيه ولا يخطب
على خطبة اخيه الا ان ياذن له وفي الصحيحين من حديث ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن تلقي الركبان وان يبتاع الرجل على سوم اخيه وعرفت مشيره وهو ما فيه من الاجاش والاضرار وشرطه وهو ان تيراضيا بثمن ويقع
الركون به فيجيء اخر فيدفع للمالك اكثر او مثله غير انه رجل وجيه فيبيعه منه ملاطفة واما صورة البيع على بيع اخيه
فان تيراضيا على ثمن سلعة فيجيء اخر فيقول انا ابيعك مثل هذه السلعة بانقص من هذا الثمن فيغر صاحب السلعة فيظهر
قبوله البيع على بيع اخيه والسوم على سوم اخيه والوارد فيهما حديثان فلا حاجة الى جعل لفظ البيع في قوله صلى الله عليه وسلم
لا يبيع احدكم على بيع اخيه جاريا على الشراء ايضا مجازا انا نحتاج الى ذلك ولو اريد حقيقة البيع لا ستلزامه وكذا الحمل على الخطبة
فان لم تيراضيا فهو بيع من يزيد وقد ياس به كما سنذكره **قوله** وعن تلقي الجلب في الصحيحين عن عبد الله بن عباس نهى رسول
الله صلى الله عليه وسلم ان تتلقى الركبان وان يبيع حاضر لباد فقلت لابن عباس ما قوله حاضر لباد قال لا يكون له سمسارا
والتلقي صورتان احديهما ان تلقاهم المشترون للطعام منهم بنية حاقبة ليبيعوه من اهل البلد بزيادة وثانيتهما ان يشتري
منهم بارخص من سعر البلد وهم لا يعلمون بالسعر والاختلاف عند الشافعية انه اذا خرج اليهم لذلك انه يعصي اما لو لم يقصد
ذلك بل اتفق ان خرج فرآهم فاشتري في معصيته فولا ان ظهرها عند هم يعصي والوجه انه لا يعصي اذا لم يلبس وعندنا لا يحل
النهي اذا كان يضر باهل البلد ولبس اما ان لم يضر اولم يلبس فلا باس **قوله** وعن بيع الحاضر للبادي يوم النهي عنه
ومحل النهي اذا كان اهل البلد في عوز الى حاجة او قحط وهو يبيع من اهل البدو طوعا في الثمن الغالي للاضرار بهم وغير
خير انه اما اذا لم يكن كذلك فلا باس لانعدام الضرر وقال الحلواني لهوان يمنع السمسار الحاضر النزول من البيع ويقول له
لا تبع انت انا اعلم بذلك فيتوكل له ويبيع وبغالي ولو تركه يبيع بنفسه لرخص على الناس وفي بعض الطرق زاد وقول صلى الله
عليه وسلم دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض وفي المجتبى هذا التفسير اصح وذكر في زاد الفقهاء موافقته الحديث وعلى
هذا فتفسير ابن عباس بان لا يكون له ليس هو تفسير بيع الحاضر للبادي وهو صورة النهي بل تفسير لبعضها وهي اكثرية
فالمعنى انه نهي عن بيع السمسار وغرضه فكانه لما سئل عن كيفية نهي بيع الحاضر للبادي قال المقصود ان لا يكون سمسارا
شيء عنه بالسمسار **قوله** والبيع عند اذان الجمعة قال تعالى اذا نودي للصلاة من يوم الجمعة الى قوله وذروا البيع كانه جعل
الوقت من حين الاذان مشغولا بصلاة الجمعة تعظيما لها كما قالوا في النهي عن صلوة بعد صلوة العصر قبل التغير وفيه زيادة انه قد

ينفض الى الاخلال بواجب الصلى على بعض الوجوه وقد ذكرنا ما للاذان المتعلق بوقت البيع في [illegible]
دخول الوقت وقوله كل ذلك يكره اي كما ذكرناه من اول الفصل الى هنا يكره اي لا يحل ما فعل فيه البائع بائعا
عالما بذلك حتى يجب الثمن وتثبت الملك قبل القبض وهو قولان قوي لكنه ثبت بالخبر وبه تتلقى الركبان على ما قدمناه عنه وقدمنا
قول مالك بالبطلان فيه وفي النجش وكذا بيع الحاضر للبادي وبه قال احمد وعلل بالصحة بان الفساد فيه بمعنى عارض
زايد لا يدخل العقد ولا في شرايط الصحة واستشكله في الكافي لان البيع يفسد بالشرط وهو خارج عن العقد ليس في
طلبه قال الا ان يقول الخارج بالمجاورة وانت علمت ما عندنا في ذلك **قوله** وانا بن بيع من يزيد وهو صفة البيع الذي في
اسواق مصر المسمى بالبيع في الدلالة انه صلى الله عليه وسلم باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد روى اصحاب السنن الاربعة من رواية
انس بن مالك ان رجلا من الانصار اتى النبي صلى الله عليه وسلم يسأله فقال اما في بيتك شيء قال بلى حلس نلبس بعضه ونبسط بعضه
وقعب نشرب فيه الماء قال ائتني بهما فاتاه بهما فاخذهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال من يشتري هذين فقال رجل انا اخذهما بدرهم
قال من يزيد على درهم مرتين او ثلثا قال رجل انا بدرهمين فاعطاهما اياه واخذ الدرهمين فاعطاهما الانصاري وقال اشتر باحدهما
طعاما فانبذه الى اهلك واشتري بالاخر فأسا فاتني به فاتاه به فشد فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم عودا بيده ثم قال اذهب
فاحتطب وبع ولا ارينك خمسة عشر يوما فذهب الرجل يحتطب ويبيع فجاء وقد اصاب عشرة دراهم فاشترى ببعضها ثوبا
وببعضها طعاما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا خير لك من ان تجيء المسئلة نكتة في وجهك يوم القيامة ان المسئلة لا تصلح
الا لثلثة لذي فقر مدقع او لذي غرم مفظع او لذي دم موجع واخرجه الترمذي مختصرا انه صلى الله عليه وسلم باع حلسا وقدحا
فيمن يزيد قال الترمذي حديث حسن لا نعرفه الا من حديث الاجلح ابن عجلان عن عبد الله الكندي وقد رواه غير واحد عن الاجلح
ابن عجلان وقال في علله الكبير سألت محمد ابن اسمعيل عن هذا الحديث فقال الاجلح ابن عجلان ثقة **قوله** نوع منه اي من
البيع المكروه اي الذي لا يحل كما عرفت ان الكراهة تحريمية وانما فصله لان الكراهة فيه لمعنى يرجع الى غير المعقود عليه
وفيما تقدم لما يرجع اليه اولانها مسايل بجمعها معنى واحد هو التفريق خلافا لاول ومن ملك مملوكين بابي بيعت فرض من
اسباب الملك شراء وهبة وميراثا صغيرين او احدهما وبينهما رحم محرم متعلق بفرق بينهما سواء كان ببيع او هبة او وصية
وذكر بصورة التي مبالغة في المنع وما ينظر في الوصية الى جواز ان يتاخر الموت الى انقضاء زمان الخيار بعد ان ذلك موهوم
والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه الترمذي عن ابي ايوب الانصاري رضي الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم من فرق
بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيامة وقال حديث حسن غريب وصححه الحاكم على شرط مسلم وتظر فيه فان فيه
حبيب ابن عبد الله لم يخرج له في الصحيح واختلف فيه والاظهر فيه لم يصححه الترمذي ورواه احمد بنقصة ورواه الحاكم والمستدرك
عن عمران بن حصين قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ملعون من فرق بين والدة وولدها وقال اسناده صحيح وفيه طليق ابن عجلان
تارة يروي عنه عن عمران بن حصين وتارة عنه عن ابي بردة وتارة عن طليق عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلا قال الدارقطني
وهو المحفوظ وقول ابن القطان لا يصح ان طليقا لا يعرف حاله يريد خصوص ذلك والا فالحديث له طرق كثيرة وشهرة والفاظ
توجب صحة المعنى المشترك فيه وهو معنى التفريق الآتي في سوقها طوعا علينا واما حديث علي رضي الله عنه فاخرجه الترمذي
وابن ماجة من حديث الحجاج ابن ارطاة عن الحكم بن عيينة عن ميمون ابن ابي شبيب عن علي رضي الله عنه قال ذهب رسول
الله صلى الله عليه وسلم علامين اخوين فبعتهما وفرقت بينهما فقال صلى الله عليه وسلم يا علي ما فعل غلامك فاخبرته فقال رده رده قال الترمذي
حديث حسن غريب وتعقبه ابو داود وبان بميمون لم يدرك عليا وهو على طريقتهم من ان المرسل من اقسام الضعيف وعندنا
ليس كذلك واخرجه الحاكم والدارقطني من طريق اخر عن عبد الرحمن ابن ابي ليلى عن علي رضي الله عنه قال اقرع النبي صلى الله
عليه وسلم بسبي فامر بي ببيع اخوين فبعتهما وفرقت بينهما ثم اتيت النبي صلى الله عليه وسلم فاخبرته فقال ادركهما فارتجعهما
وبعهما جميعا فلا تفرق بينهما وصححه الحاكم على شرط الشيخين وتقدم ابن القطان العيب عنه وقال يعود اولى بما اعتمد عليه في هذا
الباب ومن طريق اخر رواه احمد والبزار وفيه انقطاع ولا يضر على اصلنا على ما عرف قال المصنف وكأن الصغير يستانس
بالكبير والكبير يتعاهده اي يصلح من شانه فكان في التفريق قطع الاستيناس والمنع من التعاهد وفيه ترك الرحمة على الصغار
وقد قال عليه السلام من لم يرحم صغيرنا ويعرف حق كبيرنا فليس منا رواه ابن ابي شيبة عن عمرو بن العاص وكذا رواه
البخاري في كتابه المفرد في الادب وروى الطحاوي في مشكل الاثار ثنا ابو بكرة ابن عبد الاعلى ثنا ابن وهب انا مالك

[illegible] عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ليس منا من لم يجل كبيرنا ويرحم صغيرنا ويعلم
[illegible] في الادب من حديث ابي هريرة وقد روي من حديث عدة من الصحابة فهو معنى
مشهور لا شك فيه عن النبي عليه الصلاة والسلام قال المصنف ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخله محرم غير
قريب كمحرم الرضاع وامراة الاب والاقريب غير محرم كابن العم والابن يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لانه على خلاف
القياس فيقتصر على مورده ومورده كان في المحرمة كابني الوالدة وولدها والاخوين فاذا قيل لو كان كذلك وجب ان لا يمنع
التفريق بين الخال وابن اخته والخاله وبنت اخيها من الصغر ما ورد الا في الوالدة والاخوين فالجواب ان القرابة المحرمة
بنيت معناها لا يا وهو المفهوم الموافق في عرف الشافعية للقطع بان خصوص الوالدة غير معتبر لان الوالد اذا شاركها فهم
منه قرابة الولاد ثم اذا بض الاخوين فعلم ان الاقتصار على الاولاد بل القرابة المحرمة فثبت في الخال والخالة بالاولى
ان المحققين على عدم اشتراط الاولوية في الدلالة والمفهوم بنفي ايراد نقض العلة بمانية مسايل يجوز التفريق فيها مع وجود
القرابة المحرمة منها الثلث التي ذكرها المصنف وهي ما اذا كان التفريق بحق مستحق كدفع احدهما بجناية او استيلاد ان لزم الغير
كاستهلاكه مال الغير مما انه يدفعه غير مجبور اذ له ان يدفع عنه الفداء والدين وليستبقيه ورده وجده يجب بخصه
فيرده وجده وان كان عن ابي يوسف انه يرد ما جيحا او عيبها كابي مصراعي الباب اذا وجد احدهما عيبا والرابعة ان يبيع
احدهما او يستولد الامة وحينئذ جاز بيعه للاخر والخامسة ان يكونا حربي مسلم من فباع احدهما فالمسلم ان يشتريه مع ان
المنع كما هو للبايع كذلك للمشتري والسادسة لو مات المالك في ملكه احدهم صغير حل بيع احد الكبيرين مع انه يصدق
التفريق بين الكبير والصغير والسابعة انه يجوز ان يعتق احدهما بمال وبلا مال وبكتابة مع انه حصول الفرقة بالاخراج
عن ملكه والثامنة لو مات الولد صار احدهما فرضي بالبيع واختاره ورضيته امه جاز بيعه فالجواب عن الثلثة الاول
ما اشار اليه المصنف بقوله لان المنظور اليه في منع التفريق دفع الضرر عن غيره وهو الصغير لا الحاق الضرر به اي
بالمالك المفهوم من قوله ومن ملك مملوكين فيما تقدم فلو سمعنا التفريق كان الزاما للضرر بالمالك والعلة هي ما ذكرنا
من الرحم المحرمة غير المستلزم ضررا بالمالك فعند استلزامه علة المنع منتفية عند من يمنع تخصيص العلة
او مخصصة باستلزام ضرره عند من يخصص وبهذا اجاب عن الرابع اذ يلزم المالك الحجر عليه لمنعه من التصرف في ماله
راسا بخلاف ما قبل التدبير فانه يمكنه بيعها والانتفاع ببدلها وعن الخامس بان مفسدة التفريق عارضة هنا
بتقدير عدمه مفسدة اعظم فانه ان لم يشتره احد يذهب به الى دار الحرب ومفسدة كونه هناك اشد ويكفيها اعظم
من ضرر التفريق على الصغير لانه ضرر الدين والدنيا فالدين ظاهر والدنيا لتعريضه على القتل والسبي والسبي هلاك
وبحي ما ذكرنا على المذهبين في تخصيص العلة وعدمه وعن السادس ما هو مظنة الضياع والاستيحاش وقد بقي له من يقوم
مقام الثالث على ان في رواية عن ابي يوسف يمنع بيع الثالث في الكتابة اجتمع في الصغير عدد من اقاربه التفرق
بينه وبين واحد اختلف جهة القرابة كالعم والخال او التحدث كخالين عند ابي يوسف لانه يتوحش بفراق
الكل وعن السابع بان العتق والكتابة غير الجمع في التفريق فان المعتق والمكاتب يزول الحجر عليه فيتمكن من
الكون مع اخيه فخف ما كان دائما صار وعن الثامن بانتفاء الضرر بها لما اخترناه فقد تحققنا خلو الوصف
الظاهر المنضبط عن العلة فلا يشرع معه الحكم فان الكل لما لم يعلم العلة في الحقيقة ومن صور جواز التفريق ما في
المبسوط اذا كان للذمي عبد له امراة امة ولدت منه فاسلم العبد وولده صغير فانه يجبر الذمي على بيع العبد
وابنه وان كان تفريقا بينه وبين امه لانه يصير مسلما باسلام ابيه فهذا تفريق بحق **قوله** فان فرق كره ذلك
وجاز العقد اذا كان المالك مسلما حرا او مكاتبا او عاقدا اما اذا كان كافرا فلانهم غير مخاطبين بالشرايع والوجه
انه ان كان التفريق في مسلم حلالا لا يتعرض لهم الا ان كان بيعهم من مسلم فيمنع على المسلم وان كان ممتنعا ومسلتهم
لا يجوز عن ابي يوسف رحمه الله يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها وعنه انه لا يجوز في جميع ذلك في قرابة
الولاد وغيرها وهو قول احمد لما روينا من حديث علي رضي الله عنه وقول النبي صلى الله عليه وسلم ادركهما وارتجعهما
فان الامر للايراك والارتجاع لا يكون الا في البيع الفاسد ولها ان ركن البيع صدر من اهله في محله والكراهة
لمعنى مجاور وهو النهي للمجاورة بوجب الفساد خلافه لوصف لازم فشابه كراهية الاستيام على صوم اخيه وحينئذ يجب

تاويل الامر بالاداء والارتجاع وخلف الاقالة وان بيع [illegible]
مدة منع التفريق انما تمتد الى بلوغ الصغير بالاحتلام او [illegible] ويقوي ذكر فيه حديثا في المبسوط عنه عليه السلام [illegible]
بين السبي والتفريق بسالم ابلغ الحكم الغلام والجارية وعن عبادة ابن الصامت عنه عليه الصلاة والسلام لا تفرقوا بين الام وولدها
قيل الى متى قال الى ان يبلغ الغلام وتحيض الجارية رفعه في المبسوط وهو قول الشافعي وفي ظهر قوله الى ازمان التمييز
سبع او ثمان بالتقريب والى ازمان سقوط الاسنان والحديث المذكور ذكره الحاكم وصححه وخطاه صاحب التنقيح وقال
الاشبه انه موضوع وسببه ان في مسنده عبد الله ابن عمر بن حسان قال الذهبي كذا وقيل رماه ابن المديني بالكذب غير ان
الحكم المذكور وهو التفريق بعد البلوغ حكم ثابت شرعا وقال بعض مشايخنا اذا رضي ورضيا بالتفريق فلا باس به لانهما من اهل النظر
لانفسهما ورعايا بان المصلحة في ذلك **قوله** وان كانا كبيرين فلا باس بالتفريق بينهما لانه ليس في معنى ما ورد به النص فيبقى فيه
المنع الحاقا بالاقالة اذا كان اصله عليه خلاف القياس وقد صح انه صلى الله عليه وسلم فرق بين جارية وسيدها بالسبي المهلة ذكره ابن
عبد البر في الاستيعاب قال البزار بعد ان غلطه للحديث طريق ذكرها الى روى هذا الحديث عن بشير ابن المهاجر حاتم ابن اسمعيل
ودلهم ابن هشم اثنتي وبشير عن عبد الله ابن بريدة عن ابيه قال اهدى المقوقس القبطي لرسول الله صلى الله عليه وسلم جاريتين
وبغلة كان يركبها فاما احدى الجاريتين فنسرها فولدت له ابراهيم عليه الصلاة والسلام وهي مارية ام ابراهيم واما الاخرى
فوهبها رسول الله صلى الله عليه وسلم لحسان ابن ثابت رضي الله عنه وهي ام عبد الرحمن ابن حسان وذكر ان هذا الحديث في صحيح
ابن خزيمة واخرجه البيهقي بسند اخر في دلايل النبوة مرسلا انه صلى الله عليه وسلم بعث حاطب ابن ابي بلتعة الى المقوقس
الى ان قال واهدى له مع حاطب كسوة وبغلة مسرجة ووجه وجارتين احدهما ام ابراهيم واما الاخرى فوهبها عليه السلام
لجهم ابن قيس العبدي وهي ام زكريا ابن جهيم الذي كان خليفة عمرو بن العاص على مصر وهذا مخالف لما تقدم وجمع بينهما بحديث
اخرجه البيهقي مسندا الى حاطب قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى المقوقس ملك الاسكندرية فجئت بكتاب رسول الله
صلى الله عليه وسلم فاكرمني في منزله فاقمت عنده ثم بعث الي وجمع بطارقته ثم ان قال وهذه هدايا اتعفك بها معك الى
محمد فاهدي الى رسول الله صلى الله عليه وسلم بغلة جواز مهنى ام ابراهيم بن رسول الله صلى الله عليه وسلم وجارية وهبها لمن جهيم
بن حذيفة العدوي وجارية وهبها لحسان بن ثابت فهذا يعلم من الغاط هذا الحديث وطرقه وليس في شيء منها ان الجاريتين
غير اختين وهو موضع الاستدلال لاجرم ذكر ابو الربيع سليمان الكلاعي في كتاب الاكتفاء عن الواقدي باسناده الى المقوقس
ارسل الى حاطب ليلة الى ان قال فارجع الى صاحبك فقد امرت له بعد ابا وجاريتين اختين فارهتين وبغلة من مرا البي
والف مثقال ذهبا وعشرين ثوبا من لبن وغير ذلك وامرت لك بمائة دينار وخمسة اثواب فارحل من عندي ولا
تسمع منك الغيظ حرفا واحدا فهذا مع توثيق الواقدي دليل على المطلوب وقد اسلفنا توثيقه وذكر ذلك ابن عبد
البر في الاستيعاب ونقله احمد ابن عبد الله الطبري عن عبيد في خاتمة مناقب امهات المومنين فاعلم بذلك
وانما يوب ابو داود للتفريق بين المدركات للحديث الذي في مسلم عن سلمة ابن الاكوع قال خرجنا مع ابي بكر فغزونا
فزارنا الى ان قال فجيء بهم الى ابي بكر وفيهم امراة وهي ابنة لها من احسن العرب فنفلني ابو بكر ابنتها فقدمت
المدينة فقال لي النبي صلى الله عليه وسلم يا سلمة هب لي المراة فقلت هي لك يا رسول الله فوالله ما كشفت لها ثوبا انتهى
تحمل هذا التفريق وان كان من فعل ابي بكر لان الاشك في ان النبي صلى الله عليه وسلم علمه وانتهب الجارية ولم يردها
على اهل بيت دارها حين راى بها فهو والله اعلم هو الدليل على التفريق بين الكبيرين **فروع** اذا كان مع
الصغير ابواه او احدهما مع ابيه واخوته او اخواته او احدهم او احداهن جاز بيع من سوى الام ورووي عن محمد انهم لا يباعون الا معا اعتبارا بالاختلاف الجهة والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية لان شفقة الام تفنى عمن
سواها ولكن اذا كانت احق بالحضانة من غيرها فهذه الصورة مستثناة من اختلاف الجهة والجدة كالام فلو كان
معه جدة وعمة وخالة جاز بيع العمة والخالة ولو كان معه عمه وخالة لا يباعون الا معا لاختلاف الجهة مع اتحاد
الدرجة ولو كان معه اخوان او اخوة كبار في رواية الا ما لي لا يباعون احد منهم والصحيح انه يجوز بيع ما سوى واحد
منهم وهو الاستحسان لان الشفقة امر باطن لا يوقف عليه فيعتبر السبب ولا يعتبر الابعد مع الاقرب وعند
الاتحاد في الدرجة والجهة احدهما يعني وكذا لو ملك ستة اعنز ملكا كبارا وملك صغارا فباع مع كل صغير كبيرا

جاز

[illegible] اخت لاب وامه [illegible] واخت لاب وامه [illegible] واخوة اعمام [illegible] فصارا ابوين
له لم [illegible] جملة القياس ان لا يباع احدهما الا تماما وجهتها وفي الاستحسان لا يباع لان الاب في الحقيقة واحد فاشتمل
كونه الذي يبيع فيشفع احيانا فصار الاصل انه اذا كان معه عدد احدهم ابعد جازبيعه وان كانوا في درجة فاذا كانوا من جنسين مختلفين كالاب والام والخالة والعمة لا يفرق ولكن يباع الكل او يمسك الكل وان كانوا من جنس واحد كالاخوين والعمين والخالين جاز ان يمسك مع الصغير احدهما ويبيع ما سواه ومثل الخالة والعم اخ لاب واخ لام والله
الموفق للصواب **باب الاقالة** مناسبته الخاصة بالبيع الفاسد والمكروه انه اذا وقع البيع
فاسدا او مكروها وجب على كل من المتعاقدين الرجوع بما سالما كان له من راس المال صونا لهما عن المحظور ولا يكون ذلك
الا بالاقالة لما اظهر ما ذكرنا في الغاية وتبعه غيره وهو مصرح بوجوب التفاسخ في العقود المكروهة السابقة
وهو ممنوع لان رفع المعصية واجب بقدر الامكان وايضا الاقالة بيان كيف يرتفع العقد وهو لم يتعرض لبيانه
واسباب البياعات السابقة كلها مع البيع الفاسد والمكروه بيان كيف يثبت فاعقب الرفع معظم اسباب الاثبات
ثم قيل الاقالة من القول والمرة للسلب فالمعنى ازال القول الاول وهو البيع فانه كان ازال الشكاية ودفع بانهم
قالوا اقلته بالكسر فهو بياء لا واو وليس من القول ولانه ذكر الاقالة في الصحاح من القاف مع الياء مع الواو
وايضا ذكر في مجموع اللغة قال البيع قيلا وقالة فسخه **قوله** الاقالة جابرة في البيع مثل الثمن الاول عليه اجماع
المسلمين لقوله صلى الله عليه وسلم من اقال نادما بيعته اقال الله عثرته يوم القيمة اخرجه ابو داود وابن ماجة عن الاعمش
عن ابي صالح عن ابي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اقال مسلما بيعته اقاله الله عثرته زاد ابن ماجة
يوم القيمة ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم وقال على شرط الشيخين واما النظر فانه ما فهمه البيهقي قال المصنف ولان العقد
حقهما فلما كان رفعه وفعا لحاجتهما التي لها شرع البيع وغيره وانما قلنا ان النص المذكور والمعنى انما يفيد مجرد جواز
الاقالة واما لزوم كونه على الثمن الاول عينه فلوجه يفيده المعنى الذي مهده بقوله والاصل ان الاصل في لزوم
الثمن الاول حتى يبطل الاقل والاكثر ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين وحقيقة الفسخ ليس الا رفع الاول كان لم يكن
فتثبت الحال الاولى وثبوت الحال الاول هو برجوع عين الثمن الى ما كان لم يدخل في الوجود غيره وهذا يستلزم
تعين الاول ونفي غيره من الزيادة والنقصان وخلاف الجنس والاجل نعم لما لم يكن فعلها يتعدى الى غيرها جعل بالنسبة
الى غيرها بيعا فيعطى بالنسبة اليها حكم البيع كما سنذكره فان لم يكن جعله فسخا كان ولدت المبيعة بعد القبض
ولا فاذا كان المبيع عرضا بالدراهم فهلك بطل هذا قول ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف هي بيع الا ان ثمن
بيعا بان وقعت الاقالة قبل القبض في مبيع منقول فجعل فسخا فان تعذر كونها بيعا وفسخا كما لو كان المبيع عرضا
بالدراهم فشفا بلا بعد هلاك العرض محمد عنده بطل وعند محمد قلب قول ابي يوسف فيهي فسخ الا ان يتعذر فبيع
الا ان تعذر فيبطل والعجب ان قول ابي يوسف كقول ابي حنيفة في ان الاقالة تفسخ بلفظين احدهما مستقبل كما لو قال
اقلني فقال اقلتك مع انها بيع عنده والبيع لا ينعقد بذلك على ما سلف وعند محمد يقول انها فسخ ويقول لا تنعقد
الا بالمضي فيهما فالبيع فاعطى بسبب الشبهة حكم البيع وابو يوسف مع حقيقة البيع لم يعط حكمه لان المساومة
لا تجزي في الاقالة فحمل اللفظ على التحقيق بخلاف البيع هكذا في شرح القدوري وذكره في الدراية والذي في فتاوى
قاضي خان ان قول ابي حنيفة كقول محمد وفي الخلاصة اختاروا قول محمد ولا ينبغي من مادة فان لم يرد قال تركت
البيع وقال الاخر رضيت او اجزت تمت ويجوز قبول الاقالة بالفعل كما اذا قطعه فيما يوزن قول
المشتري اقلتك وبعتك بما شئت وتراضيا كذلك وجه قول محمد ان اللفظ اي لفظ الاقالة وضع للفسخ والرفع بدليل
الاستعمال فانه يقال اقلني عثرتي بمعنى اسقط اثرها باعتبارها عدما بعد وجودها وهو المراد بالفسخ اذ حقيقة
رفع الواقع عن ان يكون واقعا غير ممكن بعد الدخول في الوجود فيوفر عليه قضيته واذا تعذر الفسخ يحمل على المحتمل
وهو البيع ولابي يوسف انه مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا هو حد البيع وخصوص اللفظ غير معتبر به غاية الامر انه
لم يسم فيه الثمن لانه معلوم كما في التولية واخذ الدار بالشفعة واذا تبطل الاقالة بهلاك المبيع بعد الاقالة قبل الرد
ووجب للذي كان بايعا الرد بالعيب الحادث عند المشتري وهذه احكام البيع فاذا انزيلت على شيء كان بيعا غير انه

اذا نفذ وجعل بيعا اذا وقعت به ستعود قبل قبضه ضرب الاجازة بجعله فعل [illegible]
البيع بانشائه به ممنوع عنه قوله لبعض المشايخ فانه قال يجوز ان يعقد البيع ابتداء بلفظ الاقالة وانتقاده في الصحيح لعدم تقدم
البيع وهذا بيع هو فرع بيع سابق فلا يتصور بدون سببه ولابي حنيفة رضي الله عنه ان اللفظ مبني عن الرفع على ما قلنا الحمد لله
والاصل اعمال الالفاظ في مقتضياتها الحقيقية وكونه تثبت به لوازم البيع من الرد بالعيب والهلاك بالنسبة الى الثالث
لا يستلزم كونه من حقيقته اذ اللوازم قد تكون عامة تترتب على حقيقتين مختلفتين فلا تكون الاقالة بيعا لذلك
فان قيل فيكون بيعا لثبوت حقيقة معنى البيع فيها وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي لانا نثبت اللوازم الخارجية قلنا
انا نريد بالبيع ما كان مفيدا لهذه المبادلة ابتداء اذ ما جاء بطريق الرفع حكما على الشرع بذلك اي بانه وضع لهذا الاثبات
والارجح في مجرد الاصطلاح على ان مسمى لفظ البيع هو المبادلة مطلقا شرطا او بعيدا ان لا يكون شرعا واحكام الشرع
لا تختلف باختلاف الاصطلاح في الالفاظ بقي امر اخر وهو انها لم تستعمل في البيع مجازا عند تعذر الفسخ كما قال محمد جاز
عنه بقوله ولا تحمل ابتداء البيع ليحمل عليه عند تعذر الفسخ لانه اي الرفع الذي هو المعنى الحقيقي عنده اي عند العقد او قبضه
فلا يصح استعماله فيه وهذا طريق الفهم لان الاستعمال في الضد اما ان يكون لتهكم او تعليق وليس ذلك في الفسخ او يكون لكلفة
اللفظ وقع في صحبته كجزاء سيئة سيئة وليس هنا ذلك فتعين البطلان وكونه مبيعا في حق ثالث ليس باعتبار حملنا اياه
مجازا عنه والكل لامر ضروري وهو انه لما ثبت به مثل حكم البيع وهو الملك بدل ظهر في حق غيرهما اذ هو ولاية لهما على غيرهما
ليصير فاسوجب البيع عنه فيتقصر عليهما ويظهر بيعا في حق غيرهما وليلا يفوت مقصود الشارع في بعض الصور كالشفعة
شرعت لدفع ضرر الجوار والخلطة فاذا فرض ثبوت ذلك في حق البائع ولم يثبت حق الشفعة تخلف مقصوده قوله
اذا ثبت هنا اي بهذا الخلاف في هذا الاصل فنقول تفريعا عليه اذا اشترطا في الاقالة الاكثر كان تقايلا على مائة والبيع
بخمسين فالاقالة على الثمن الاول عند ابي حنيفة وسقط شرط الزيادة فان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة وانما تبطل
لان الاقالة رفع ما كان ورفع ما لم يكن لان رفع ما لم يكن ثابت محال ولم يكن الثابت العقد بذلك القدر فلا يتصور
رفعه على ما بيه توضيحه ان رفعه على ما بيه ترجع الى المشتري والحالة انه لم يكن في الوجود العقد بما به رفع ما لم
يكن له وجود فلا رفع اصلا الا ان اصل العقد له وجود واما عينا بالاقالة غير انها زاداه شرطا فاسدا فبقيت
الرفع ويصير بيعا فاسدا لا يتصور انتهاؤه في الرفع وكذا اذا اشترط الاقل عنده بيع بقدر الثمن الاول لما بينا
انه شرط فاسد فيبطل هو وتبقى العقد الاول الا ان يكون هلك بالمبيع عيب فيصح بالنقصان حملا للحط
بازاء ما فات بالعيب وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند ابي يوسف وعند محمد تعذر الفسخ
على الزيادة فجعل بيعا ولهذا في شرط الاقل عند ابي يوسف ويصح لانه بيع عند محمد هو فسخ بالثمن الاول باعتبار
مزيد الاول لكنه سكت عن بعضه ولو سكت عن الكل بان قال اقلتك يكون فسخا عليه فاذا سكت عن بعضه
اولى بخلاف ما اذا زاد ولو وظف عيب فهو فسخ بالاقل لما بينا من جعل الحط بازاء ما نقص العيب فرع باع ما يوزن
وطعاما تقايلا بعد ما جف نقص وزنه لا يجب على المشتري شيء لان كل المبيع باق قوله ولو قال المقبض بغير الثمن
الاول بان كان دراهم فاقال على دنانير تبلغ قيمتها قدرها فهو فسخ بالثمن الاول عند ابي حنيفة وتجعل التسمية
لغوا وعندهما بيع لما بينا انه عند ابي يوسف بيع وعند محمد اذا تعذر رجعه فسخا جعل بيعا قوله ولو ولدت
المبيعة ولدا يعني بعد القبض ثم تقايلا فالاقالة باطلة عنده لان الولد زيادة منفصلة والزيادة المنفصلة اذا
كانت بعد القبض يتعذر معها الفسخ حقا للشرع بخلاف ما قبل القبض واحاصل ان الزيادة متصلة كانت كالسمن
او منفصلة كالولد والارش والعقر اذا كانت قبل القبض لا يمنع الفسخ والرفع وان كان بعد القبض متصلة فكذلك
عنده وان كانت منفصلة بطل الاقالة لتعذر الفسخ معها والاقالة كالبيع قوله فكله الا فسخا وعندهما يكون بيعا ومن
ثمرات الخلاف انهما لو تقايلا ثم مقتول قبل ان يسترد المبيع من المشتري باعه من المشتري ثانيا جاز البيع فلا
لابي يوسف ان الممتنع البيع قبل القبض لا الفسخ ولو باعه من غير المشتري لا يجوز اتفاقا لانه بيع في حق الغير ولو كان
منقولا جاز بيعه من غير المشتري في قول الحنيفة وابي يوسف وثمرة كونه بيعا في حق غيرهما في مواضع اضافها ان المبيع
لو كان عقارا له شفيع تسلم الشفعة في اصل البيع ثم تقايلا وعاد الى ملك البائع للشفيع ان يطلب الشفعة في الاقالة

جديدا في حق الشرع وهو انه لو اشترى شيئا فقبضه قبل نقد الثمن فباعه من آخر ثم تقايلا عاد الى المشتري
ثم ان البائع اشتراه من المشتري بأقل من الثمن قبل النقد جاز ويجعل في حق البائع كانه ملكه بسبب جديد وبهذا
ان السلعة لو مات هبة في يد البائع ثم تقايلا فليس للواهب الرجوع على البائع لان البائع في حق الواهب كانه اشترا
قوله وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع منها ووجه الفرق ان المبيع مال حقيقة وحكما لانه
عين متقوم بخلاف الثمن لانه ما ليس بمال في حقيقة وحكما فيما اذا لم يشر اليه بعقد واما ما هو حكما لا حقيقة فما
اذا اشار اليه لوجود تعلق العقد بما اشار اليه بل بمثله في ذمته والدين مال حكما لا حقيقة ولذا كانت البراءة
منه صحيحة بلا قبول لعدم المالية الحقيقية غير انها تزيد بازدياد المالية الحكمية وهبة العين لا تصح بلا قبول حال
ولا تتأدى زكاة العين بالدين لان الدين انتقص من العين في المالية ولا يتأدى الكامل بالناقص ولذا لم يحنث من حلف
لا مال له وله ديون عظام اذا كان للبيع هذه المزية وجب اظهارها وقد تعذر ذلك في ابتداء البيع لان حاجة المبيع
والثمن سواء فظهرنا ها في البقاء فجعلنا بقاء البيع حكما مضافا الى اصله فيقام المبيع فاذا هلك ارتفع البيع بان كان الثمن
الدراهم باقية فامتنعت الاقالة اذ ارفع ما لا وجود له قوله لا يتصور وانما جازت الاقالة فيما لو كان رأس مال السلم عرضا
عينا وقبضه المسلم اليه ثم هلك باعتبار ان السلم في هذا كبيع المقايضة لان المسلم فيه مبيع شرعا معقود عليه فقد
اعتبر العين ثمنا والدين عينا مبيعا ولذا لا يجوز الاستبدال به قبل قبضه فجازت الاقالة ويضمن قيمة الهالك ولم
في الاقالة كما في حقيقة المقايضة كما سنذكر اما لو تقايلا والبدلان قائمان ثم هلك احدهما ايا كان فالاقالة صحيحة وعليه
قيمة الهالك او مثله ولو هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي لقيام المبيع فيه قوله ولو تقايضا ثيابا لم تنتهه
من تحت او تبايعا بيع المقايضة فهلك احد العوضين جازت الاقالة لان كلا منهما مبيع من وجه فكان المبيع باقيا ببقاء
العين القائمة منهما فامكن الرفع فيه وعليه تفرع ما لو اشترى عبدا بامة وتقابضا ثم ان مشتري العبد باع نصفه من رجل
ثم اقال البيع في الامة جازت الاقالة وعليه لبائع العبد قيمة العبد ولذا لو لم يبع ولكن قطعت يد العبد
واخذ الارش ثم اقال البيع في الامة ولو هلك البدلان قبل الاقالة ارتفع البيع فامتنعت الاقالة اما لو تقايلا
بعد هلاك احدهما صحت الاقالة ثم هلك الاخر قبل الرد بطلت الاقالة ايضا والفرق بين المقايضة والصرف فان
هلاك البدلين في الصرف غير مانع من الاقالة وفي المقايضة مانع انه في الصرف لا يلزمه رد المقبوض بعد الاقالة
بل رده او مثله فلم تتعلق الاقالة بعينهما فلا تبطل بهلاكهما بخلاف غيره من البياعات فانه يتعلق بعين المبيع ولو تقا
السلم وراس المال هالكان يتعين قائم في يد المسلم اليه فاقاله على رد مثله ولو تقايلا بعد ما قبض المسلم فيه وهو قائم في يد
رد السلم صحت ويجب رد عين ما قبضه لان المعقود عليه بعقد السلم وان كان عقدا على دين كعين ورد على
العقد ولهذا يجوز بيع مرابحة الراس المال ذكر الاسبيجابي فروع مانع الرد بالعين يمنع الاقالة وكذا اذا
هلكت الزيادة المتصلة او المنفصلة او استهلكها اجنبي تتوقف الاقالة على القبول في المجلس ويجوز الاقالة من الوكيل بالبيع
والسلم في قول ابي حنيفة ومحمد كالابراء خلافا لابي يوسف واقالة الوكيل بالشراء لا يجوز بالاجماع فسخ الوكيل مع المشتري
جائز وفي جمع النوازل اقالتها لو ارث جائزة واطلق في الجامع جوازا قالة الوصي وهو مقيد بما اذا لم يبع بالكثير من
القيمة فان باع بالكثير لم يملك اقالته وكذا المتولي ايضا لو اشترى باقل من القيمة ليس له الاقالة ولو كان الثمن
عشرة دنانير ودفع اليه الدراهم عوضا عن الدنانير ثم تقايلا وقد رخصت الدراهم رجع بالدنانير التي دفع العقد على
بما دفع وكذا لو رد بالعيب وكذا في الاجارة لو فسخت ولو عقد بدراهم ثم كسدت ثم تقايلا فانه يرد تلك
الدراهم الكاسدة ولو عقد بثمن مؤجل ثم جدد اجالا وعلى القلب الفسخ الاول وكذا لو عقد بدراهم ثم جدد بدنانير
او على القلب اما لو وجد دابدراهم اكثر واقل فلا وهو حط من الثمن او زيادة فيه وقالوا لو باع بائتي عشر وحط عنه
درهمين ثم عقد بعشرة لم ينفسخ الاول لانه مثله اذا لحظته يلتحق باصل العقد لانه اليمين فحنث لو كان حلف
لا يشتري باثني عشر ولو قال المشتري بعد العقد قبل القبض للبائع بعه لنفسك فان باعه جاز والفسخ الاول
ولو قال بعه على اولم يزد على قوله بعه او زاد قوله من شئت لا يصح في الوجود لانه توكيل ولو باع المبيع من البائع قبل القبض

يل

ا ينفسخ البيع ولو وهبه قبل القبض انفسخ يعني اذا قبل وكما لو باع البائع قبل القبض امتعه فاشتر[illegible]
عن البائع وانفسخ البيع عند ابي حنيفه وابي يوسف العقد باطل وفي الفتاوى الصغرى محمود ما عدا النكاح فسخ وعليه
ما وقع في فتاوى قاضي خان وغيرها بايع امة فانكر المشتري الشراء يحل للبائع وطؤها الا ان عزم على ترك الخصومة
يحل له حسما وطؤها ان جحود المشتري فسخ في حقه واذا عزم البائع على ترك الخصومة فقد تم الفسخ منهما
وكذا لو انكر البائع البيع والمشتري يدعي لا يحل للبائع وطؤها فان ترك المشتري الخصومة وسمع البائع بذلك حل له
وطؤها ومثله لو استوى جارية بالخيار ثلاثة ايام وقبضها ثم رد على البائع جارية اخرى في ايام الخيار وقال رددت التي اشتريتها
وقبضتها كان القول له لانه انكر قبض غيرها وان رضي البائع بهذا حل وطؤها ان المشتري لم يرها اخرى فقد رضي بملك
البائع الثانية بالاولى فاذا رضي البائع بذلك تم البيع بينهما بالتعاطي وكذا القصار والاسكاف وكذا لو اشترى
شيئا مما يتسارع اليه الفساد كالتمر والسمك والفاكهة وذهب المشتري ليأتيه بالثمن فطال المكث وخاف
البائع فساده كان له ان يبيعه من غيرهم استحسانا وللمشتري منه ان ينتفع به وان لم يعلم بذلك لان البائع رضي
بانفساخ البيع الاول والمشتري كذلك ظاهر اشترط ان كالثمن الثاني الكثر من الاول فعليه ان يتصدق بالزيادة وان
كان انتقص فانتقصان على البائع لا على المشتري الاول ولو اختلف البائع والمشتري فقال المشتري بعته مني البائع
بأقل من الثمن الاول قبل نقده فسد البيع بذلك وقال البائع بل اقتلنا به فالقول للمشتري مع يمينه في انكار الاقالة
فلو كان البائع هو الذي يدعي انه اشتراه من المشتري بأقل مما باعه والمشتري يدعي الاقالة تحالفا كل على دعوى
صاحبه **باب المرابحة والتولية قوله** المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن
الاول مع زيادة ربح والتولية نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة او ورد عليه ما لو باع ذارعا فاذا هو
اشتراها بدراهم مرابحة لا يجوز مع صدق المخبر عليه واجب عند في بعض المواضع بانه بيع مرابحة وكونه
لا يجوز شيء اخر واعلم ان معنى السوال المرابحة جايزة بلا استثناء وهذا ما عهدناه فيجب ان يجوز لكن لا يجوز
والجواب عنه بان المراد نقل ما ملكه ما هو مبيع متعين بدلالة قوله بالثمن الاول فان كون مقابله ثمنا مطلقا يفيد
ان ما ملكه بالضرورة مبيع مطلقا ثم اذا لم تجز المرابحة في ذلك الان بدل الصرف لا يتعينان فلم يكن عين هذه الدنانير
متعينة للزوم مبيعا والذي يلزم وروده على التقدير الذي صحبنا به الا يراد ما اذا اشتراه نسيئة بثمن لا يجوز ان
يرابح عليه مع انه يصدق النقل بالثمن الاول الا ان يقال اذا كان فيه اجل فالثمن بمقابلة متبين فلم يصدق في احدهما
انه مثل الثمن الاول واعلم ان قوله على الطرد ولكون المرابحة غير صحيحة هو معنى عدم وجود ما شرعا فيرد السوال
وعلى عكسه مسايل الاولى ما اذا باع العبد المغصوب فتقضى قيمته على الغاصب ثم عاد للغاصب ان يبيعه مرابحة
على القيمة التي ادى بها فهذا البيع مرابحة ولا يصدق عليه نقل ما ملكه بالثمن الاول وكذا اذا باعه مرابحة بما قام
عليه وكذا لو ملكه بهبة او ارث او وصية وقومه فقيمته ثم باعه مرابحة على تلك القيمة انه يجوز وصورة
هذه المسالة ان يقول قيمته كذا او رقمه كذا فاذا رايتك على القيمة او رقمه ومعنى الرقم ان يكتب على الثوب المشتري
مقدار ما اشتراه كان قدر الثمن او ازيد ثم يرابحه عليه وهو اذا قال رقمه كذا او هو صادق ولم يكن خائنا فان
عين المشتري فيه ثمنا قبل جهله واجب بما حاصله ان الغصب يلحق بالمعاوضات ولذا صح اقرار الماذون به
لما كان اقراره بالمعاوضات جايزا فالقضا بها بمنزلة الثمن الذي اشتري به وصرح في الفتاوى الكبرى
في مسئلة الغاصب انه يقول قام علي بكذا وجواب الثانية يأتي في هذا الكتاب والثالثة ما ذكرنا من ان معنى
المرابحة على عدم الخيانة وهو اذا قال قيمته كذا او رقمه كذا وهو صادق لم يكن خاينا والحق انه لا يدفع ما على
عكس العبد وهو ان المرابحة نقل بالثمن الاول مع زيادة ربح وبالثمن سابق اصلا والله اعلم وما يرد ايضا ما اذا كان راس
المال عبدا استلاف المبيع مرابحة على العبد ممن صار اليه العبد برنج معين فانه يجوز مرابحة ويصدق عليه انه
مثل الثمن الاول فانه بعينه لا بمثله وجواب بان هذا العبد في حكم عبد اخر لان اختلاف الاسباب توجب اختلاف
الاعيان **قوله** والبيعان بالخيار ان استدل على جواز بما بعدي وعلى التولية بالنص فقال ان النبي صلى الله عليه وسلم
لما اخره في التولية احاديث متشابهة فيما منها ما اخرج عبد الرزاق انا معمر عن زيد ابن اسلم عن عبد الرحمن عن سعيد

ابن

[illegible] عن النبي صلى الله عليه وسلم قال التولية والاقالة والشركة سواء لا باس به
وفي المراسيل لابي داود انا ابي خبرنا عن ربيعه عن النبي صلى الله عليه وسلم حديثا مستفاضا بالمدينة قال من ابتاع
طعاما فلا يبعه حتى يقبضه ولستوفيه الا ان يشرك فيه او يوليه او يقيله وحديث ابي بكر الذي ذكره للمصنف
في البخاري عن عايشة وفيه ان ابا بكر قال للنبي صلى الله عليه وسلم خذ باحدى ناقتي قال صلى الله
عليه وسلم بالثمن اخرجه في بدء الخلق وفي مسند احمد قال صلى الله عليه وسلم فقد اخذتها بالثمن وفي الطبقات لابن سعد
وكان ابو بكر قد استراها بثمانية دراهم من بني قشير فاخذ احديهما وهي العصوي فمارواه المصنف يجمل المعنى
وتفصيل قريب مما ذكره ابن اسحق في السيرة قال في فلما قرب ابو بكر الراحلتين الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قدم
افضلهما ثم قال له اركب فداك ابي وامي فقال صلى الله عليه وسلم لا اركب بعيرا ليس لي قال صلى لك بارسول الله قال لا ولكن
بالثمن الذي ابتعتها به قال كذا وكذا قال قد اخذتها بذلك قال صلى لك يا رسول الله فركبها وانطلقا ذكر السهيلي عن بعض
اهل العلم انه سيل ان لم يقبلها الا بالثمن وقد انفق عليه ابو بكر اضعاف ذلك وقد دفع اليه حين بعايشة ثنتي
عشرة اوقية حين قال له ابو بكر لا ابني بالملك يا رسول الله فعال لولا الصداق قد دفع اليه ثنتي عشرة اوقية ونشا
والنش هنا عشرون درهما قال انا فعل لتكون البجرة مهرا صلى الله عليه وسلم وما لرغبة منه صلى الله عليه وسلم في
استكمال فضل البجرة صلى الله وان تكون على ام اموالها وهو جواب حسن واما المعنى فهو قوله استجماع شرايط الجواز
ولما لم يكف ثبوت الشرايط في الشرعية افاد ذلك بقوله والحاجة ماسة لبيان هذا النوع من التصرف لان الغبي الذي
لا يهتدي في التجارة يحتاج الى ان يعتمد على فعل المهتدي وتطيب نفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح فوجب
القول بجوازها والا يخفى انه لا يحتاج الى دليل خاص لجوازها بعد الدليل المثبت لجواز البيع مطلقا بما رضيا عليه
بعد ان لا يخل بما علم شرطا للصحة بدليل شرعية البيع مطلقا بشروطه المعلومة هو دليل جوازها اذ زيادة فيها
الا اقترانها باخبار خاص اذ حاصله انه يبيعه بثمن كذا مخبرا بان ذلك الثمن الذي اشتريت به او مع زيادة ارض
بدونها ومن معرفة شروط صحة البيع يعلم المذكور بقوله وتاتي المرابحة والتولية حتى يكون العوض يعني
الثمن مما له مثل كالنقد والحنطة والشعير ومما يكال ويوزن والعددي المتقارب بخلاف عند المتفاوت كالبطيخ
والرمان ونحوها لانه لو لم يكن له مثل بان اشتري ثوبا بعبد مقايضة مثلا ورابحه او وضاه اياه كان بيعا
بقيمة عبد صفته كذا او قيمة عبد ابتدا وهي مجهوله وذلك معلوم انه لا يجوز اما لو كان ما اشتراه به وصل
اليه من بيعه منه مرابحة عليه برنج معين كان يقول ابيعك مرابحة على الثوب الذي ببدك ورنج درهم او كر
شعير او رنج هذا الثوب جاز لانه يقدر على الوفا بما التزمه من الثمن بخلاف ما لو باعه واكاله هذه برنج ده
يازده فانه لا يجوز لانه باعه برأس المال وبعض قيمته فان معنى ده يازده كل عشرة احدى عشر وهذا
معرفة نوع عدد الكسرات وهو بتقويم العبد وهذا بنا على ان لفظ ده يازده ومعناه العشرة احدى عشر
اي كل عشرة برنج واحد يقتضي ان يكون الحادي عشر من جنس العشرة وليس كذلك انه غير لازم من فهوم ذلك ولكن
لزم ذلك رفعا للجهالة واما ثبت وحينئذ فالمرابحة على العبد بده يازده يقتضي انه باعه بالعبد وبعضه
او بمثل بعضه وهو كل عشرة اجزاء من العبد برنج جزا خرمنه وحين عرف ان المراد كل عشرة دراهم احد عشر لزم
حينئذ ما ذكر وهو انه باعه بالعبد وبعض قيمته **ومن فروع ذلك** اشترى عبدا بعشرة خلاف
نقد البلد وباعه برنج دراهم فالعشرة مثل ما نقد والرنج من نقد البلد اذا الطلقه لان الثمن الاول يتعين في
العقد الثاني والرنج مطلق فينصرف الى نقد البلد فان نسب الرنج الى راس المال فقال بعتك برنج العشرة
احد عشر او برنج ده يازده فالرنج من جنس الثمن لانه عرفه بنسبته اليه وفي المحيط اشترى بنقد نيسابور
وقال بلخي قام علي بكذا وباعه برنج مايه او برنج ده يازده فالرنج وراس المال نقد بلخ الا ان يصدقه
المشتري انه نقد نيسابور او تقوم بينه واذا كان نقد نيسابور في الوزن والجودة دون نقد بلخ
ولم يبين فراس المال والرنج نقد نيسابور وان كان على عكسه واشتراه ببلخ بنقد نيسابور ولم يعلم انه
اوزن ولم يعلم انه اوزن واجود فهو بالخيار ان شا اخذ وان شا ترك واعلم ان المعتبر في المرابحة ما وقع العقد

الاول اليه دون ما وقع عقوطا ثمنه حتى لو اشترى عبدا بمائة درهم ونقد عن دينارا
اكثر فان راس المال هو العشرة والدينار والثوب كان وجوب هذا بعقد اخر وهو
ويجوز ان يضيف الى راس المال اجرة القصار او الصباغ اسود كان الصبغ او غيره والحمال اجرة حمل
الطعام برا او بحرا لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء براس المال في عادة التجار والاصل ان كل ما يزيد في المبيع
او في قيمته يلحق به اي براس المال ويعتد به بهذه الصفة لان الصبغ واجرته من الطراز والفتل يزيد في العين
واكثر من مكان يزيد في القيمة باختلاف الاماكن قال في الايضاح هذا المعنى ظاهر دلالة لا يتبين
في بعض المواضع والعين المعتمد عليه عادة التجار حتى عم المواضع كلها واذا ضم ما ذكر يقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته
بكذا احترازا من المكاري وسوق الغنم والبقر فانها تحمل بعضه خلاف اجرة الراعي والبيت للحفظ لا يزيد في العين ولا القيمة فلا
يضم وكذا سايق الرقيق وحافظهم وحافظ الطعام والمتاع بخلاف سايق الغنم وكذا اجر تعليم العبد صناعة او قرانا
او علما او شعرا لان ثبوت الزيادة معنى فيه اي في المتعلم وهو ما انفقه فلم يكن ما انفقه على المعلم موجب الزيادة
في المالية والحق ما فيه اذ لا شك في حصول الزيادة بالتعلم لا شك انه مسبب عن التعليم عادة وكونه مساعدة
القابلية في المتعلم هو كقابلية الثوب للصبغ فلا يمنع نسبته الى التعليم كما لا يمنع نسبته الى الصبغ فانما هو شرط والتعليم
علة عادية كثيف لا يضم والمبسوط اضاف المنفق في التعليم الى انه ليس فيه عرف قال ولكن اذا في تعليم الغناء والعربية
قال حتى لو كان في ذلك عرف ظاهر يلحقه براس المال وكذا لا يلحق اجرة الطبيب والراعي والبيطار وجعل الآبق لانه
قادر فلا يلحق بالسابق لانه لا عرف في النادر والحجامة والختان لعدم العرف وتقوم اجرة السمسار في ظاهر الرواية
وفي جامع البرامكة لا يضم لان الاجارة على السمسار الاصح الا بيان المدة ووجه ظاهر الرواية العرف فيه وقيل ان كانت
مشروطة في العقد تضم وقيل اجرة الدلال لا تضم كل هذا ما لم يجر عادة التجار ولا يضم ثمن الحمال ونحوه لانه في الدواب
وتضم الثياب في الرقيق وطعامهم الا ما كان سرفا وزيادة ويضم علف الدواب الا ان يعود عليه شيء وما ولدته ما لها نفقا
وصوفها ولبنها فيسقط قدر ما نال ويضم ما زاد بخلاف ما اذا اجر الدابة او العبد او الدار فاخذ اجرته فانه يربح
مع ضم ما انفق عليه لان الغلة ليست متولدة من العين وكذا دجاجة اصاب من بيضها فحتسب بما ناله وبما انفق ويضم
الباقي ويضم اجر التجصيص والتطيين وحفر البئر في الدار والفناء في الارض ما بقيت هذه فان زالت لا يضم وكذا سقي الزرع
والكرم وكنسه ولو قصر الثوب بنفسه او طين الدار بنفسه لا يضم شيء من هذه الاعمال وكذا لو تطوع متطوع بهذه الاعمال
او باعارة **قوله** فان اطلع المشتري على خيانة في المرابحة اما باقرار البايع او بالبينة او بنكوله عن اليمين وقد
ادعاه المشتري هذا على المختار وقيل لا تثبت الا باقراره لانه في دعوى الخيانة متناقض فلا يتصور بينة ولا نكول
والحق سماعها كدعوى العيب ودعوى الغلط فانها تسمع فهو بالخيار عند ابي حنيفة ان شاء اخذه بجميع الثمن وان
شاء ترك وان اطلع عليها في التولية يحط قدرها وقال ابو يوسف يحط فيهما اي في المرابحة والتولية وللشافعي
الشافعي وقال محمد يخير فيهما وهو قول للشافعي لمحمد ان الاعتبار فيهما ليس الا التسمية لان الثمن به يصير معلوما
به ينعقد البيع والاخبار بان الثمن الا رافيه لا يتعلق الانعقاد به انما هو تزويج وترغيب فيكون وصفا
مرغوبا فيه كوصف الكتابة والخياطة فيعوا ته بظهور ان الثمن ليس كذلك تغرير ولابي يوسف ان الاصل فيه ابي في
عقد المرابحة والتولية كونه تولية ومرابحة وذلك بالبناء على الثمن الاول فيتعلق به العقد باعتبار انه تولية
ومرابحة عليه وذلك بالحط غير انه يحط في التولية مقدار الخيانة من راس المال وفي المرابحة يحط منه ومن الربح
على نسبته حتى لو ربح في ثوب على عشرة خمسة فظهر ان الثوب تمانيه يحط ثلثة دراهم من الثمن درهين
ومن الربح خمسة وهو درهم ولابي حنيفة في الفرق بينهما كما قال ابو يوسف في التولية وهو انه لو لم يحط ذلك البيع
تولية انه يزيد على الثمن الاول والعقد انما تعلق باعتبارها فتغير الوصف لما بيع اخر بثمن اخر ولم يوجد
ذلك البيع الاخر واما في المرابحة لو لم يحط الاخر عن كونها مرابحة لتغير الوصف وان كان يتفاوت الربح فانه
يظهر ان الربح الكثير ما طنه المشتري فامكن القول ببقاء العقد ولكن تخير لما ذكر محمد من فوات الوصف المرغوب
فيه فلو هلك المبيع قبل ان يرده او استهلكه او حدث فيه ما يمنع الفسخ لزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لانه

من قول محمد وخلاف ما ذكر الجصاص ان المستحق فيه جزء فاين يطالب به فيسقط ما يقابله اذا عجز عن تسليمه واما على
قول ابي يوسف فلان هلك المبيع او انتقص حط او قوله في الروايات الظاهرة احتراز عما عن محمد من غير رواية
الاصول انه يفسخ البيع على القيمة ان كانت اقل من الثمن حتى يندفع الضرر عن المشتري بناء على اصله في مسئلة التحالف بعد
هلاك السلعة انه يفسخ بعد التحالف دفعا للضرر عن المشتري ويرد القيمة ويسترد الثمن **قوله** ومن اشترى شيئا مرابحة
بربح ثم اشتراه من الذي باعه منه قبل ما باعه فان باعه مرابحة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك فان كان الربح استغرق الثمن
لم يبعه مرابحة الا ان يبين هذا عند ابي حنيفة وهو مذهب احد وقال ابو يوسف ومحمد يبيعه مرابحة على الثمن الاخير
وهو قول الشافعي ومالك رحمهم الله صورته اذا اشترى ثوبا بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة ممن باعه منه بعد
التفاسخ فانه يطرح من هذه العشرة التي اشتراه بها خمسة الذي ربحها فيبيعه مرابحة على عشرة ويقول قام علي
بخمسة ولو اشتراه بعشرة فباعه بعشرين مرابحة ثم اشتراه ممن باعه منه بعشرة لا يبيعه مرابحة اصلا الا ان يبين فيقول
هذا كنت بعته فربحت فيه عشرة ثم اشتريته بعشرة وانا ابيعه بربح كذا على هذه العشرة وعندهما يبيعه مرابحة
على الثمن الاخير وهو عشرة في الفصلين من غير بيان لهما ان العقد الثاني ان كان ممن كان باعه منه فهو عقد مجدد
منقطع الاحكام عن الاول ولذا لو كان في الاول خيار لا يكون في الثاني وعلى العكس لا يدخل فيه ما قبله مرابحة او وضيعة
ولذا لو كان اصله هبة او ميراثا فباعه ثم اشتراه كان له ان يبيعه مرابحة على الثمن الاخير ولا يعتبر ما كان قبله والا
لم تجز المرابحة اصلا وهذا لان بالشراء الثاني يتجدد له ملك غير الاول لان اختلاف الاسباب كاختلاف العين على ما عرف
وصار كما لو تخلل ثالث بان اشتري بعشرة ممن اشتري من المشتري منه بعشرين ولابي حنيفة ان شبهة حصول الربح
بالعقد الثاني ثابتة لانه بنى ما كد به اي بالعقد الثاني ما كان على شرف السقوط من ذلك الربح بان يظهر المشتري على عيب
فرده فيزول الربح عنه فاذا اشتراه منه تاكد اي تقرر ملكه لذلك الربح وللتاكد في بعض المواضع حكم الايجاب كما في عهود
الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا يضمون نصف المهر لتاكيد ما كان على شرف السقوط بقبيل ابن الزوج او الارتداد
وعلى اعتبار التاكيد يصير البايع في مسلمنا مشتريا بالعقد الثاني ثوبا وخمسة دراهم بعشرة فيكون الخمسة بازاء الخمسة
وبقي الثوب بخمسة وهذا الاعتبار واجب لان الشبهة في المرابحة ولذا لم تجز المرابحة فيما اخذ بالصلح لشبهة الحطيطة
لان الغالب في الصلح ذلك فيجب ان يبيعه مرابحة على خمسة فان قيل لو كان كذلك ينبغي ان لا يجوز الا بعشرة فما لو باع
بعشرين لانه على هذا التغيير يصير في الشراء الثاني كانه اشترى ثوبا وعشرة بعشرة فكان فيه شبهة الربا وهي
حصول الثوب بلا عوض اجيب بان التاكيد انما حصل له شبهة الايجاب احترازا عن الخيانة وذلك يتحقق بالنسبة
الى العباد لا بالنسبة الى الشرع وشرعية المرابحة لمعنى راجع الى العباد لا الشرع ولذا اذا رضي المشتري به وقد علم جاز
ولو كان حق الشرع لم يجز اسقاطها كما في بيع الربا ورضا به واورد على هذا ما لو وهب له ثوب فباعه بعشرة ثم اشتراه
بعشرة فانه يبيعه مرابحة بعشرة واجيب بانه ممنوع في رواية وتقدير التسليم على البيع الثاني وان كان يتاكد به
انقطاع حق الواهب في الرجوع لكنه ليس بمال ولا ثبت هذه الوكالة الا في عقد يجري فيه الربا وايضا ليس فيه على
يزداد في الثمن بخلاف ما اذا باعه بثمن حال مرابحة بعد ما اشتراه بذلك الثمن موجلا لانه معنى يزداد في الثمن بخلاف
ما اذا باعه بثمن حال مرابحة بعد ما اشتراه بذلك الثمن موجلا لانه معنى يزداد في الثمن بخلاف ما اذا باعه بوصف اوزاد
او عرض اخر ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة على عشرة لانه عاد اليه بما ليس من جنس الثمن الاول او لا يمكن جعله
له باعتبار القيمة ولا مدخل لذلك في بيع المرابحة ولذا لو اشترى اشياء صفقة واحدة بثمن واحد ليس له
ان يبيع بعضها مرابحة على حصة من الثمن لان ذلك لا يكون الا باعتبار القيمة وتقويمها لا يخلو عن شبهة الغلط فلا
للشافعي في ذلك وبخلاف ما لو تخلل ثالث لانا كد الربح بالبيع من الثالث ووقوع الامن من البطلان به فلم يستقد
المشتري الاول من الشراء الثاني تاكد الربح وهنا بخلافه **قوله** واذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوبا
بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فانه اي للمولى يبيعه مرابحة على عشرة وكذلك
اذا كان المولى اشتراه بعشرة فباعه من العبد بخمسة عشر يجب ان يبيعه العبد مرابحة على عشرة لان هذا العقد اعني

الذي يجري بين العبد والمولى وان كان صحيحا [illegible] عن كسبه وليس [illegible]
ما لم يحل سالما فله شبهة العدم لان الحاصل للعبد لا [illegible] عن حق المولى ولهذا كان للمولى ان يستبقي ما في يد العبد
ويقضي دينه من عنده ولذا لم يكسب المكاتب ويصير ذلك الحق حقيقة اذا عجز فرجع الى الرق فصار كانه باع ملك نفسه
من نفسه لو اشترى ملك نفسه لنفسه ولكن للغاية التي ذكرناها سمحنا ه فظهر انه جابز مع المنافي وهو كونه عبد المشتري
لكون المال له لو لم الدين فاعتبر عدما في حكم المرابحة وبقي الاعتبار للعقد الاول وهو الكابن بعشرة فيصير كان العبد اشتراه
بعشرة الحال المولى في الفصل الاول وهو ما اذا اشتراه العبد وباعه من المولى وكانه يبيعه لاجل المولى في الفصل الثاني وهو
ما اذا باع المولى من عبده فكان المعتبر الثمن الاول وهذه المسئلة بالاتفاق وكذا الجواب اذا كان ثمن المأذون مكاتب
السيد بالاتفاق وقوله فاعتبر عدما في حكم المرابحة يقيد انه انما اعتبر عدما للمرابحة لكونه عبدا وما من وجه وسببه
ان المرابحة بيع امانة تبتنى على كل تهمة وخيانة والمسامحة جارية بين السيد وعبده ومكاتبه فيتهم بانه اشتراه منه
بزيادة او باعه منه كذلك ولهذا قال ابو حنيفة اشترى شيأ من ابيه او ابنه او ولده او اشترى هو منه لا يبيع واحد
منهم مرابحة الا على الثمن الذي قام على البايع لانها فانها لا تجوز عند فقد التهمة بيعه مرابحة على ما اشتراه من هو لنا بين الاملاك
والحقوق فكانا كالاجنبيين وابو حنيفة يقول ما يحصل للكاسب من هو لا كانه للاجنبي من وجه ولهذا تقبل شهادة احدهم للاخر
وتجري المسامحة بينهم فكان الاحتياط فيما ذكرنا ثم العبد المذكور هو كونه مديونا بما يحيط برقبته ثم مرح به في الكافي
من رواية محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة والمشايخ في تقرير هذه المسئلة منهم من ذكره كما مر ومنهم من لم يقيد بالمحيط
كالصدر الشهيد فقال عبد مأذون عليه دين محيط برقبته او غير محيط ومنهم من لم يذكر الدين اصلا فان الائمة في المبسوط قالوا
اذا اشترى من ابيه او امه او مكاتبه او عبده وكان ان ذكر وعدمه في حق الحكم المذكور سواء بل اذا كان لا يرابح الا على
الثمن الاول اما اذا كان عليه دين يحيط مع انه اجنبي من كسبه فلان لا يرابح الا على ما قام عليه فيما اذا لم يكن عليه دين اولى لانه حينئذ لا
ينعقد العقد الثاني اصلا اما بيع ماله من نفسه او شبهه واما فايدته لثبوت صحة العقد الثاني وعدمه والحكم المذكور
على التقديرين لا يختلف ولو اشترى من شريكه سلعة ان كانت ليست من شركتهما يرابح على ما اشتراه وان كانت
من شركتهما فانه يبيع نصيب شريكه على ثمانية في الشراء الثاني ونصيب نفسه على ما انه في الشراء الاول بحوان تكون السلعة
اشتريت بالف من شركتهما فاشتراها احدهما من صاحبه بالف وماتين فانه يبيعها مرابحة على الف وماية لان نصيب
شريكه من الثمن ستماية ونصيب نفسه من الثمن الاول خمسماية فيبيعها على ذلك ومنه مسئلة الكتاب التي ذكرها بقوله
واذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة
باثني عشر ونصفا لان هذا البيع وان تضمن بحوان عند عدم الربح خلافا لزفر رحمه الله حيث انه اشترى ماله بماله
وهو وجه المنع لكنا اجزناه لما فيه من فايدة استفادة وماية التصرف وهو المقصود بعد ما كانت منتفية انتظارا
وماية التصرف عنه بالتسليم الى المضارب والانتفاع وتبع الفايدة ففيه شبهة العدم لانه اي المضارب وكيل
عنه اي عن رب المال في البيع الاول من وجه وذلك يمنع صحة بيعه منه كما لا يبيع الوكيل من موكله ما وكله ببيعه
لانه ماله ونقض فيه جايز من وجه اظهر وهو مال المضارب حتى اذا اشترى لا يجوز تحرير رب المال عليه في البيع ولو اشترى
المضارب جارية لا يجوز لرب المال وطؤها وان لم يكن في المال ربح فاعتبر البيع الثاني عدما في حق نصف الربح الذي
هو حصة رب المال على ما ذكرنا الى قبل ان يبيعه على اقل الثمنين الاحتياط وعلى حصة المضارب من الربح كان المضارب في ذلك
المقدار بمنزلة الاجنبي لانتهم فيه ولو اشترى بسلعة فاقتسماها فاراد احدهما ان يبيع نصيبه مرابحة على حصته من الثمن
ان كانت العشة استهلكا محضا كالاكل والوزن والعددي المتقارب جاز بيعه مرابحة وان كانت مما له مالية كالثياب
المتفاوتة لم يجز بيعه مرابحة لابتنايه على التهمة وهو ممتنع في المرابحة كما ذكرنا قوله ومن اشترى جارية
فاعورت اي من غير صنع احد بل بافة سماوية او بصنع نفسها يبيعها مرابحة وانما بين انه اشتراها بذلك الثمن
وليس بها هذا العور وكذا لو وطيها وهي ثيب ولم ينقصها الوطي وهذا لان الاوصاف لا يقابلها جزء من الثمن لانها
تابعة ما لم تكن مقصودة بالاتلاف ولهذا لو فاتت قبل التسليم الى المشتري بعد العقد لا يسقط شيء من الثمن ولان المنافع
البضع لا يقابلها الثمن وعلى هذا في الفصل الاول وهو ما اذا اعورت الجارية انه لا يبيع مرابحة من غير بيان كما اذا

[illegible] محل الاتلاف ذكره بقوله واما اذا افتى عنها بنفسه
او فقأها اجنبي باشر المشتري او بغير امره فاخذ ارشها لم يبع مرابحة حتى يبين والتقييد بفعل المشتري والاجنبي
احترازا عما لو نقأت عينها بنفسها فانه كالآفة السماوية لانه عدم ولا يكون المشتري جابرا بشيء اخذ الارش ليس
بقيد بل اذا عوروها الاجنبي لا يرابح الا ببيان لتحقق وجوب الضمان والغرم لانه صار مغصوبا بالاتلاف فخرج عن
التبعية بالقصد به فوجب اعتباره فيقابل ببعض الثمن وكذا اذا وطيها وهي ثيب وكان العقر جزء من العين يقابلها من
الثمن وقد حبسها ومن هذا لو اشترى ثوبا فاصابه قرض فاره او حرق نار او طعام فتغير بيعه مرابحة من غير بيان قرض
بالقاف وذكر ابو اليسر بالنون والوتد لسر الثوب بنشره وطيه لزمه البيان لانه بفعله قال الفقيه ابو الليث
وقول زفر احوط وبه ناخذ واختياره هذا حسن لان مبنى المرابحة على عدم الخيانة وعدم ذكر انتقص ايهام للمشتري
ان الثمن المذكور كان لها ناقصة والغالب انه لو علم ان ذلك ثمنها صحيحة لم يأخذها معيبة لا محيطة وقد ذكر اول
الباب ان سبب شرعية المرابحة اعتماد العين ان الثمن قيمة حيث اشترى من له خبرة به فيطيب قلبه بشرائها
به مع زيادة ربح لظنه انه قيمة وهذا بين انه لا يرد شراءها الا عيبا اي لا يعلم انه لو علم لم يرض فكان سكوته
تغريرا له وقريب من هذا ما روى هشام عن محمد ان ذلك اذا انتقصه العيب شيأ يسيرا فان نقصه فاحشا
فيه لا يبيعه مرابحة يعني بلا بيان لان قوله هو كما لو تغير السعر يامر الله تعالى فانه لا يجب عليه ان يبين انه
اشتراه بهذا الغلاء وكذا لو اصفر الثوب لطول مكثه او نسخ الزمان قوي واستشكل على قوله الغابت وصف
لا يقابله شيء من الثمن المشتري باجل كان الاجل وصفا مع ذلك لا يجوز بيعه مرابحة بلا بيان اجيب بان الاجل يعطي
لاجله جزء من الثمن عادة فيكون كالمقابل فيلزمه البيان وعلى قوله صنايع البضع لا يقابلها شيء من الثمن ما اذا اشترى جارية
فوطيها ثم وجد بها عيبا لم يكن من رد بها وان كان تيبا وقت الشراء وذلك لاعتبار المشتري بالوطي حابسا جزاء البيع عنده
واجيب بان عدم الرد بالعيب لما ذكرت بل لانه لو رد بها فاما مع العقر احتراز عن الوطي مجانا او من غير عقر وهو
على الاول العود الجارية مع زيادة والزيادة تمنع الفسخ لانه لا يرد بها الزيادة وعلى الثاني لانها تعود الى قديم ملكه
ويسلم للمشتري الوطي بلا عوض باعتبار البيع وذلك لا يجوز بخلاف الواهب اذا رجع بعد وطي الموهوب له حيث
يضع ما يلزم الموهوب له حتى لا تسلم كل الموهوب له بلا عوض فيجوز ان يسلم له الوطي بلا عوض ولا يجوز في
صورة البيع ان يفسخ البيع ويسلم للمشتري او للبايع زيادة متولدة من العين او شيء وجب بالاتلاف العين كالولد والارش
والعقر فكذا الوطي **فروع** لو اصاب من غلة الدار والدابة شيأ رابح بلا بيان الغلة ليست متولدة من العين
انما هو استيفاء منفعة واستيفاء المنفعة لا تمنع بيع المرابحة بخلاف ما لو اصاب من لبن الغنم وصوفها فانه اذا رابح يسقط
من راس المال قدر ما اصاب من ذلك وسيأتي قام على بكذا وتقدم انه اذا انفق في طعام الرقيق والدواب انه يضيفه
في غير السوف ولو ولدت الجارية او الغنم او اثمر النخيل يبيع الاصل مع الزيادة مرابحة لانه لم يحبس شيأ من المعقود عليه
وان نقصان الزوائد لغير فعله ثم الزيادة بغير صنعه ولو استهلك المشتري الزيادة قبل بيع الاصل مرابحة حتى يبين
ما اصاب منها لانها متولدة من العين والمتولد كجزء المبيع وكذا اذا استهلك الالبان والسمن فانه يرابح الا ببيان
وفي المبسوط اشترى نصف عبد بماية واشترى آخر نصفه بماتين ثم باعاه مرابحة او تولية او وضيعة فالثمن بينهما
اثلاثا ولو باعاه مساومة يكون بينهما نصفين لان المسمى فيه مقابلة الملك ولهذا استوى فيه المشتري والموهوب وبينهما
في العبد سواء بخلاف تلك العقود فان الثمن وقع مبنيا على الاول ولو حط البايع الاول عن الثمن بعد ما باعه المشتري مرابحة
فانه يحط ذلك من المشتري الآخر مع حصته من الربح ولو كان دينا لا يحط ذلك عندنا وعند زفر وان في الحط على الثاني
بهذا السبب شيء واصله ان الحط يلتحق باصل العقد عندنا وعنده بل هو هبة مبتدأة لانتهاء الاول بالتسليم وكذا الزيادة
عندنا حتى يصير كان العقد عقد عما بقي فيثبت ذلك في حق الشفيع والموكل وهذا بخلاف ما لو حط الكل في المرابحة
والتولية فان له ان يرابح على الثمن ويوليه قوله ومن اشترى على ما اوغرم مائة فباع بربح مائة فاعلم برأس ماية
ولم يبين انه اشتراه بمائة الف فعلم المشتري بذلك فله الخيار ان شاء رده وان شاء قبله بالف ومائة حالة
وانما ثبت له الخيار لان الاجل شبه بالمبيع لان المشتري انما يزاد في الثمن لاجله والشبهة ملحقة بالحقيقة فكان كانه اشترى

ثمنين الف وباع احدهما بالف وخمسمائة وهذا اذا كان من الثمنية فاما ان اشتراه بشيء من
يكون هذا شبهة الخيانة وشبهة الخيانة ملحقة بالخيانة ح الراجحة فاذا ظهرت تخير على ما عرف من مذهب ابي حنيفة
ومحمد ولو نزع ح قول ابي حنيفة ينبغي ان يحط من الثمن ما يعرف ان مثله ح هذا يزاد لاجل هذا اذا علم الخيانة قبل هلاك
المبيع فلو علم بعد ما هلك لو استهلكه لزمه بالف وماية حالة لان الاجل لا يقابله شيء من حقيقته والذي كان ثابتا له
بمجرد راي وقد تعذر بعد هلاكه وهكذا الرهان والاباء ولم يبين انه اشتراه الى اجل فعلم المشتري قبل الهلاك يعني
فتبين له خيار الرد وقبوله بالاجل الحالة ولو نزع ح قول ابي يوسف ينبغي ان يفصل ما ذكرنا وان كان استهلكه ثم علم لزمه
بان حاله لما ذكرنا من ان الاجل لا يقابله شيء من الثمن حقيقة وعن ابي يوسف انه بعد الهلاك يرد القيمة ويسترد كل الثمن
وهو نظير قوله فيما اذا استوفى صاحب الدين من دينه فكان الدين الجياد زيوفا وهو لا يعلم بزيافها حتى انفقها
فانه عند ابي يوسف يرد مثلها من الزيوف ويسترد الجياد وسيأتيك ان شاء الله تعالى ح مسايل منثورة وقيل يقوم
بثمن حال ومؤجل فيرجع بفضل ما بينهما ح البايع قاله العتابي ابو جعفر الهندواني ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد
ولكنه معتاد التاخير قبل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل بيعه وكايبيعه ان الثمن هالكان لا هالا في العقد
اما لو قرنا انه باعه بلا شرط اجل فلم ينعقد ح اشهر مطلقا ولا شك انه يبيعه مرابحة بالاثمان **قوله** ومن ولي
رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن فان علمه البايع يعني ح المجلس وقام به
عليه فهو بالخيار ان شاء رد البيع وان شاء قبل لان الفساد وان كان يوجب العقد لكنه لم يتقرر اما يتقرر بقضي المجلس
وهذا يبين ان هذا العقد ونحوه من البيع برقمه قبل معرفة الرقم ينعقد فاسدا له عريضة الصحة وهو الصحيح
خلافا للماردي عن محمد انه صحيح له عريضة الفساد ولما كان المجلس جامعا للمتفرقات يعتبر الواقع ح الحرانه
كالواقع معا كان تاخير البيان اي بيان قدر الثمن كتاخير القبول الى اخر المجلس فانه يجوز ويتصل بالايجاب السابق اول
المجلس كذا هذا الا يكون سكوته عن تعيين الثمن ح تحقق الفساد موقوفا الى اخره فان تبين فيه اتصل بالايجاب الذي سكت
فيه عنه وان انقضى قبله تقرر الفساد ولا ينقلب بعده صحيحا واما تخيير بعد العلم ح المجلس لان الرضى لم يتم قبله فلم يتم البيع كما ح
خيار الرؤية لم يتم الرضى قبل الرؤية فعند وجودها يتخير **فروع** اشترى ثوبا ليس له ان يرابح ح ذراع منه لان الثمن
ينقسم على ذرعانه ولو راح ح ماله نسئة معلومة منه كنصفه بثلثه ثمنه جاز ولو اشترى نصف عبد بمائة ثم اشترى
النصف الباقي بمائتين فله ان يبيع ابي النصفين شاء مرابحة ح ما اشتراه به وان شاء باع كله مرابحة ح بثلثمائة ويقول
قام علي بكذا ولو وهب له البايع الثمن كله فله ان يرابح ح الثمن كله ولو وهب له او حط عنه بعضه ليس له ان يرابح الا
ح ما بقي ولو باعه الثمن عرضا او اعطى به رهنا فهلك كان له ان يرابح ح الثمن لانه صار قابضا له بهذا الطريق ولو
اشتري بعشرة جياد ونقده زيوفا فيجوز بها البايع فله ان يرابح ح عشرة جياد ولو وهب ما اشتراه بعشرة
ثم رجع فيه له ان يبيعه مرابحة ح العشرة وكذا اذا باعه ثم رد عليه بعيب او فساد بيع او خيار او اقاله له ان
يرابح ح الثمن الذي كان اشتري به ولو اشترى ثوبا فباعه ثم رجع اليه بميراث او هبة لم يكن له ان يبيعه مرابحة
لانه ما عاد اليه الملك المستفاد بالشراء الاول ولو وهب المبيع عيبا فرضي به له ان يبيعه مرابحة ح الثمن الذي اشتراه
به لان الثابت له خيار فاسقاطه لا يمنع من المبيع مرابحة كما لو كان فيه خيار شرط او رؤية وكذا لو اشتراه مرابحة
فاطلع ح خيانة فرضي به كان له ان يبيعه مرابحة ح ما اخذه به لما ذكرنا ان الثابت له مجرد خيار ولو اشترى
شيئا بعين فاحش او بدين له ح الثمان وهو لا يشتري بذلك القدر بالعين فليس له ان يبيعه مرابحة من غير بيان
ولو استرب بالدين بما يتباع مثله جاز ان يرابح عليه سواء اخذه بلفظ الشراء او بلفظ الصلح في رواية وفي ظاهر
الرواية يفرق بين الصلح والشراء لما تقدم لان الوجه انه اذا علم انه ثمنه وجب ان يرابح عليه لان منع المرابحة لما كان
لا لتهمة الخطيئة فاذا تيقن انتفاؤها ارتفع المانع بينه وبين الدنانيري ولو اشتري رزمة ثياب فاقتسماها
ليس لاحدهما ان يبيع ما حصه مرابحة بخلاف ما لو اشتريا كيلا جنسا واحدا فاقتسماه حيث يجوز ذلك ولو اشترى
الورثة واحد منقولا ثوبا ثوبا ليس له ان يبيع ثوبا منها مرابحة ح ما قوم الا ما قد مناه من انه يقوم قيمة هذا كذا
او يقوم هذا بكذا او انا ابيعكه مرابحة ح هذه العينة كما مر في الرقم بازيد من ثمنه اما لو اسلم في ثوبين ووصفهما

بصفة

[illegible] ثم عند ابي حنيفة رحمه الله هذا لا يجوز ولو باع نصف ما اشتراه
[illegible] نصف شقصان كان شريكا وان لم يكن له ذلك وان كان شقصا وعرضا واحدا كطعام اكيل نصفه كان له ذلك
لانقسام الثمن عليه بالاجزاء بخلاف الاول لان انقسامه عليه عن العينة باعتبار الاوصاف اعني الذرعان والانقسام
الثمن باعتبار ما هو ح هذا ينبغي ان يرابح في نصف العبد ح نصف الثمن ولو اشتري ثيابا بصفقة واحدة كل ثوب بكذا
فله ان يبيع كل واحد مرابحة عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يرابح حتى يبين انه اشتراه مع غيره
ولو باعه بوضيعة وهو ان يأخذه نظر ما فيه ان يجعل كل درهم من راس المال احد عشر جزءا فاذا كان الثمن عشرة فتكون
الجملة مائة وعشرة فيسقط عشرة فيصير جملة الثمن تسعة وجزء من احد عشر جزءا من درهم **فصل قوله**
ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول لم يجز له بيعه حتى يقبضه انما اقتصر ح البيع ولم يقل ان يتصرف فيه لتكون اضافته
فان محمدا جعل الهبة والصدقة به قبل القبض وقال مالك يجوز جميع التصرفات من بيع وغيره قبل القبض الا في الطعام
لانه صلى الله عليه وسلم خص الطعام بالنهي ح حديث رواه مالك عن نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع
طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه اخرجه الشيخان وفي لفظ حتى يقبضه قلنا قد رواه ابن عباس ايضا وقال واحسب
كل شيء مثل الطعام اخرجه عنه اصحاب الكتب الستة وعضد قوله ما روي بواوا او دعن ابن اسحق لما ابن عمر قال
ابتعت زيتا في السوق فلما استوجبته لنفسي رجل فاعطاني فيه ربحا حسنا فاردت ان اضرب على يده فاخذ رجل
من خلفي بذراعي فالتفت فاذا زيد ابن ثابت فقال لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه الى رحلك فان رسول الله
صلى الله عليه وسلم نهى ان تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار الى رحالهم ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم في
المستدرك وصححه وقال في التنقيح سنده جيد وقال ابن اسحق صرح فيه بالتحديث واخرج النسائي ايضا في
سننه الكبرى عن يعلى ابن حكيم عن يوسف ابن ماهك عن عبد الله ابن عصمة عن حكيم بن حزم قال قلت يا رسول الله
اني رجل ابتاع هذه البيوع فما يحل لي منها وما يحرم قال اذا بعت شيئا فلا تبعه حتى تقبضه ورواه احمد في مسنده وابن حبان
وقال هذا الحديث مشهور عن يوسف بن ماهك عن حكيم ابن حزام ليس بينهما ابن عصمة والكامل ان المخرجين منهم من يدخل
ابن عصمة بين ابن ماهك وحكيم ومنهم من لا واسطة ابن عصمة ضعيف جدا في قول بعضهم قال صاحب التنقيح قال ابن حزم عبد الله
ابن عصمة مجهول وصح الحديث من رواية يوسف ابن ماهك نفسه عن حكيم لانه صرح في رواية قاسم ابن اصبغ بسماعه
منه والصحيح ان بينهما عبد الله ابن عصمة الجشمي حجازي ذكره ابن عبان في الثقات وقال عبد الحق انه ضعيف وتبعه
ابن القطان وكلاهما مخطئ وقد اشتبه عليهما عبد الله ابن عصمة هذا بالنهبي او غيره ممن يسمى عبد الله ابن عصمة انتهى
كلامه فالحق ان الحديث صحيح والذي قبله كذلك والحاجة بعد ذلك الى دليل التخصيص بغير العقار لابي حنيفة بذكر هناك
والاحاديث كثيرة في هذا المعنى ثم علل الحديث بان فيه غرر انفساخ العقد الاول ح اعتبار هلاك المبيع قبل القبض
فتبين حينئذ انه باع ملك الغير بغير اذنه وذلك مفسد للعقد وفي الصحاح انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع
الغرر والغرر ما طوي عنك علمه والدليل ح اعتبار هذا المعنى انا رأينا التصرف في ابدال العقود التي لا تنفسخ بالهلاك
جايزا فلا يضرها غرر الانفساخ كالتصرف في المهر لها وبدل الخلع للزوج والعتق ح مال وبدل الصلح عن دم العمد قبل
القبض جايز اذا كانت لا تنفسخ بالهلاك فظهر ان السبب ما قلنا هذا وقد الحق ابا البيع غيره فلا يجوز اجارته
ولا هبته ولا التصدق به طلاقا لمحمد في الهبة والصدقة وكذا اقراضه ورهنه من غير بايعه فلا يجوز على رهن
ذلك واذا اجاز محمد هذه التصرفات في المبيع قبل القبض ففي الاجرة قبل قبضا اذا كانت عينا او في حكم الاصل ان كل
عقد ينفسخ بهلاك العوض قبل القبض لم يجز التصرف في ذلك العوض قبل قبضه كالمبيع في البيع والاجرة اذا كانت
عينا في الاجارة وبدل الصلح عن الدين اذا كان عينا لا يجوز بيع شيء من ذلك به ولا ان يشرك فيه غيره الى اخر
ما ذكرنا وقالا ينفسخ بهلاك العوض فالتصرف فيه قبل القبض جايز كالمهر اذا كان عينا وبدل الخلع والعتق ح
مال وبدل الصلح عن دم العمد كل ذلك اذا كان عينا يجوز بيعه وهبته واجارته قبل قبضه وسائر التصرفات في قول
ابي يوسف ولو اوصى به قبل القبض تتصرفات قبل القبض صحت الوصية بالاجماع لان الوصية احت الميراث ولو مات قبل
القبض ورث عنه فكذا اذا اوصى به ثم قال محمد كل تصرف لا يتم الا بالقبض كالهبة والصدقة والرهن والعرض فهو

[illegible] جائز كالمبيع قبل القبض [illegible] بخلاف البيع والاجارة فانه يلزم بنفسه وقاسه بهبة [illegible] بائع فانه يكون نائبا عنه ثم يصير قابضا لنفسه كالوكيل [illegible] قابضا لنفسه بخلاف البيع وابو يوسف يقول البيع اسرع نفاذا من الهبة بدليل ان الشيوع فيما يحمل القسمة يمنع تمام الهبة دون البيع وايضا هذه التفرقات تبتني على الملك وعند الانفساخ يمنع تمامه فكان قاصرا في حق اطلاق التصرف واما اعتق عن كفارتي فانه طلب التمليك لا التصرف بنى على الملك القائم فان قيل لو اعتبر العدم امتنع بعد القبض ايضا اجاب ظهور الاستحقاق فالجواب انه امتنع لان ما تحقق به بعد القبض تحقق به قبله ويزيد باعتبار الهلاك ايضا فكان اكثر مظانا قبل القبض وان اعتباره بعد يبدأ باب البيع ولو باعه المشتري من بائعه قبل قبضه لا يجوز ولو وهبه يجوز على اعتباره مجازا عن الاقالة فان قيل هذا النبي باعتبار امر مجاور رضعنبغي ان لا يوجب الفساد كالبيع وقت النداء اجيب بان العدم في المبيع اما مجاورة او لانه باعتبار انه مملوك او غير مملوك للمشتري على تقدير الهلاك واورد على الثاني ان بعد تسليم ان البيع ينفسخ بهلاك المبيع قبل القبض اي امتناع فيه فليكن كذلك وغاية الامر انه ظهر ان البيع الثاني لم يصح فيبقى الاول وشله واتبع في الشفعة والبيع بعد ظهور الاستحقاق قوله وبجوز بيع العقار قبل القبض عند ابي حنيفة وابي يوسف وهو قوله الآخر وقال محمد لا يجوز وهو قول الشافعي رجوعا الى الهلاك الحديث يعني عمومه وهو ما في حديث حكيم من قوله صلى الله عليه وسلم لا تبيعن شيأ حتى تقبضه بخلاف ما قبله من حديث ابن عمر فانه خاص بالمنقول اعني قوله نهى عن بيع السلع حتى يجوزها التجار الى رحالهم وللنهي عن ربح ما لم يضمن ولو باع العقار بربح فيلزم ربح ما لم يضمن وصار بيع العقار كاجارته واجارته قبل قبضه لا يجوز فكذا بيعه وكان السبب وهو البيع اقائما بالقبض ولهذا جعل الحادث بعد العقد قبل القبض كالحادث عند العقد والملك انما يتأكد بتأكد السبب وفي هذا العقار والمنقول سواء ولهما اي لابي حنيفة وابي يوسف ان ركن البيع صدر من اهله في محله والمانع المثبت للنهي وهو عزر الانفساخ بالهلاك منتف فان هلاك العقار نادر والنادر لا عبرة به وانما نبني الفقه باعتباره فلا يمنع الجواز وهذا لانه لا يتصور هلاكه الا اذا صار بحرا ونحوه حتى قال بعض المشايخ ان جواب ابي حنيفة في موضع لا يخشى عليه ان يصير بحرا او يغلب عليه الرمال فاما في موضع لا يؤمن عليه ذلك فلا يجوز كالمنقول ذكره المحبوبي وذلك اختيار حتى لو كان على شط البحر او كان المبيع علوا لا يجوز بيعه قبل القبض والحديث الذي استدل به معلول باي بعد الانفساخ والدليل عليه ان التصرف الذي لا يمتنع بالعذر نافذ في المبيع قبل القبض وهو العتق والتزوج عليه وبه ظهر فساد قولهم ان تأكد الملك بتأكد السبب وذلك بالقبض لان العتق في استدعا ملك تام فوق البيع ويجوز في البيع قبل القبض العتق واما قلنا التزوج لا يبطل بالعذر لانه لو هلك المهر العين لزم الزوج قيمته ولم ينفسخ النكاح واورد انه تعليل في مقابلة النص فانه يخص عمومه فيودي الى تقديم القياس والمعنى على النص وهو ممنوع لجواب انه خص منه اشياء منها جواز التصرف في الثمن قبل قبضه وكذا المهر يجوز لها بيعه وهبته وكذا الزوج في بدل الخلع وكذا رب الدين في الدين اذا ملكه غيره وسلطه على قبضه جائز وكذا اخذ الشفيع قبل قبض المشتري والاشكال ان تملكه هنالك متأخر قبل القبض فلو كان العقار قبل القبض لاحتمل التمليك ببدل لم يثبت للشفيع حق الاخذ قبل القبض وهذا خرج الى الاستدلال بدلالة الاجماع على جواز بيع العقار قبل القبض واما الاكاف بالاجارة فتنفسخ الاجارة قبل القبض منع فانه قيل انه على هذا الخلاف والصحيح كما قال في الفوائد الظهيرية ان الاجارة قبل القبض لا تجوز بلا خلاف لان المنافع بمنزلة المنقول والاجارة تمليك المنافع فيمتنع جوازها قبل القبض وفي الكافي وعليه الفتوى واذا عرف من الجواب ان التصرف في الثمن قبل القبض جائز وفي المبيع لا يجوز كان تنبيه بان يذكر هنا ما يميز المبيع عن الثمن وان كان قد سلف فالدراهم والدنانير اثمان ابدا اوفاء وات اثم المثليات من المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة اذا قوبلت بالنقد مبيعة او بالاعيان وهي معينة ثمن او غير معينة فمبيعة فمتى قال اشتريت هذا الحنطة بهذا العبد فلا يصح الا بشرائط السلم وقيل المثليات اذا لم تكن معينة وقوبلت بغيرها ثمن مطلقا ولو دخل عليها الباء اذا عرف هذا فالاثمان يجوز التصرف فيها قبل القبض استبدالا في غير التصرف والسلم واختلف

[illegible] التقبض [illegible] ومن اشترى مكيلا مكايلة او موزونا موازنة اي اشتراه على انه كذا كيلا او وزنا فكاله او وزنه لنفسه ثم باعه مكايلة في المكيل او موازنة في الموزون لم يجز للمشتري منه ان يبيعه حتى يعيد الكيل والوزن لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البايع وصاع المشتري روي من حديث جابر هكذا بلفظ الصاعين معرفا اسنده عنه ابن ماجه والسحق وابن ابي شيبة واعل محمد بن عبد الرحمن ابن ابي ليلى وبلفظه من حديث ابي هريرة وزاد فيه فيكون لصاحبه الزيادة وعليه النقصان رواه البزار ثنا محمد ابن عبد الرحمن ثنا مسلم الجرمي ثنا مخلد بن حسين عن هشام ابن حسان عن محمد ابن سيرين عن ابي هريرة وقال لا نعلمه يروى عن ابي هريرة الا من هذا الوجه وله طريقان احدهما عن انس وابن عباس عن ابي هريرة وقال لا نعلمه يروى عن ابي هريرة الا من هذا الوجه ضعيفان وقال عبد الرزاق انا معمر عن يحيى ابن ابي كثير ان عثمان ابن عفان وحكيم ابن حزام كانا يبتاعان الزرع بجلا فنهاهما رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يبيعا حتى يكيلا ثم ابتاعه منهما فهذا الحديث صحة الكثرة تعدد طرقه وقبول الائمة اياه فانه قد قال بعقولنا هذا مالك والشافعي واحمد رضي الله عنهم وحين علله الفقهاء بجعله من تمام القبض اذ بالكيل يتميز حقه عن حق البايع اذ عسى ان يكون النقص او ازيد فيضيع ماله عند البايع او مال البايع عنده فالحق امنع البيع منع الاكل قبل الكيل والوزن وكل تصرف ينبئ على الملك كالهبة والوصية وما اشبههما والحق ابا كيل الموزون وينبغي الحاق المعدود والذي لا يتفاوت كالجوز والبيض اذا اشتري معادة وبه قال ابو حنيفة في ظهر الروايتين عنه فاسد البيع قبل العد ثبانا لاتحاد الجامع وهو وجوب تعرف المقدار وزوال احتمال اختلاط المالين فان الزيادة فيه للبايع خلافا لما روي عنهما من جواز البيع الثاني قبل العد ولما كان في المن روعات الزيادة عند الحنفية للمشتري لم يجز فلو اشتري ثوبا على انه عشرة اذرع جاز ان يبيعه قبل الذرع لانه لو زاد كان للمشتري ولو نقص كان له الخيار فاذا باعه بلا ذرع كان مستطا خياره على تقدير النقص وله ذلك ولما كان النهي عن بيع الطعام اقتصر على ما اذا كان المكيل او الموزون مبيعا فلو كان ثمنا بان اشتري بهذا البر على انه كر فقبضه جاز تصرفه فيه قبل الكيل والوزن لان التصرف في الثمن قبل قبضه جايز فاولى ان يجوز التصرف فيه قبل ما هو من تمام قبضه ثم لما تحقق ان ظاهر النص منع بيع الطعام الا مكايلة ويقتضي منع بيعه مجازفة والمعلم خلافا في ان ظاهره منزول وانه محمول على ما اذا وقع البيع مكايلة اما اذا اشتراه مجازفة بيع صبرة فله ان يتصرف فيه قبل الكيل والوزن لان كل المشار اليه له فلا يتصور اختلاط الملكين وقول المصنف فيه كان الزيادة له قيل معناه الزيادة على ما كان يظنه بان ابتاع صبرة على ظن انها عشرة فظهرت خمسة عشر وتملك غرر ولذا ما يفيد ظاهره من التزام جريان الصاعين محمول على ما اذا اشتراه البايع مكايلة وباعه كذلك اما اذا اشتراه مجازفة فانما عتاج اذا باعه مكايلة الى كيل واحد للمشتري وقول الراوي حتى يجري فيه صاعان صاع البايع معناه صاع البايع لنفسه وهو محمول على ما اذا كان البايع اشتراه مكايلة اما لو كان ملكه بالارث او الزراعة او شراء مجازفة او استقرض حنطة على انها كرّ ثم باعها فانما حاجة الى صاع واحد وهو صاع هذا المشتري وان كان الاستقراض تمليكا بعوض كالشراء لكنه شراء صورة عارية حكما لان مأربه من المقبوض حكما ولهذا لم يجب قبض بدله بمال الصرف فكان تمليكا بلا عوض حكما ولو اشتراها مكايلة ثم باعها مجازفة قبل الكيل وبعد القبض في ظاهر الرواية لا يجوز لاحتمال اختلاط ملك البايع بملك بايعه وفي نوادر ابن سماعة يجوز واذا عرف ان سبب النهي امر يرجع للبيع كان البيع فاسدا ونفى في الفساد في الجامع الصغير وقال على انه لو اكله وقد قبضه بلا كيل لا يتأتى ان يقال انه اكله حراما لانه اكل ملك نفسه الا انه اثم لتركه ما امر به من الكيل فكان هذا الكلام اصلا في سائر المبيعات بيعا فاسدا اذا قبضها فملكها ثم اكلها وتقدم انه لا يحل اكل ما اشتراه شراء فاسدا وهذا بين ان ليس كل ما لا يحل اكله اذا اكله ان يتأتى فيه اكل حراما ولا ان يحل للبايع قبل البيع من المشتري الثاني وان كان كاله لنفسه بحضرة المشتري عن شرايه هو لانه ليس صاع البايع والمشتري وهو

الشرط بالنص وتحمله بعد البيع الباتي بخيار المشتري [illegible]

الكيل المأمور به لتسليم المقدار الواجب وان كاله او وزنه [illegible] عند حفظ المشتري [illegible] خلاف [illegible] قال

عامتهم فاه ذلك حتى جعل المشتري التصرف فيه قبل كيله ووزنه اذا قبضه وعند البعض لا يدخل الكيل او الوزن مرتين

اعملا بظاهر الحديث والصحيح قول العامة لان الغرض من الكيل والوزن صيرورة المبيع معلوما وقد حصل بذلك الكيل

واتصل به القبض ومحل ظاهر الحديث اذا وجد عقدان بشرط الكيل بان يشتري المسلم اليه من رجل كرا الاجل ربا السلم

وامر رب السلم بقبضه اقتضاء عن سلمه فان بذلك يشترط صاعان صاع المسلم اليه وصاع لرب السلم فيكيله للمسلم اليه

ثم يكيله لنفسه خلافا بغيبته لانتفاء التسليم من الغائب فيثبت احتمال الاخلاف فلا يجوز ويصح بنفيه ما في الجامع وبيع

قفيز من صبرة اذا كال البائع قفيزا منها بغير حضرة المشتري فهلك ان البيع قائم في قفيز مما بقي ولا يتبع به الا فراز ومن ضمنا

بشاة فرع وهو ما لو وكل طعام بحضرة رجل ثم اشتراه في المجلس بعد ما باعه مكايلة قبل ان يكتاله بعد شرائه لا يجوز هذا البيع

سواء كاله للمشتري منه او لا لانه لم يكتل بعد شرائه هو لم يكن قابضا فيبعه بيع ما لم يقبض فلا يجوز والتصرف

في الثمن قبل القبض جائز بالبيع والهبة والاجارة والوصية سواء كان مما يتعين او لا يتعين عندنا سواء بدل الصرف والسلم

لان الملك مطلق ويلزمه قيمته وكان القياس ذلك ايضا في المبيع الا انه منع بالنص لغرر الانفساخ وليس في الثمن ذلك

فانه اذا هلك الثمن المعين لا ينفسخ البيع وسائر الديون كالثمن لعدم الغرر وبعدم الانفساخ بالهلاك كالمهر والاجرة

وضمان المتلفات وغيرها واستثنى المسلم لان للمقبوض حكم عين المبيع والاستدلال بالمبيع قبل القبض لا يجوز ولذا في

الفرد وابده السبع وهو ما في الستة الاربعة عن سماك عن سعيد بن جبير عن ابن عمر قال كنت ابيع الابل بالبقيع فابيع

بالدنانير واخذ الدراهم وابيع بالدراهم واخذ الدنانير فاتيت النبي صلى الله عليه وسلم وهو بيت اريد ان ادخل حجرته فاخذت

بثوبه فسالته فقال اذا اخذت واحدا منها بالاخر فلا بأس بينك وبينه بيع فان هذا بيع الثمن الذي في الذمة قبل قبضه بالنقد المخالف له وقد صححه الحاكم والدارقطني وقول الترمذي لا نعرفه مرفوعا الا من حديث

سماك لا يضر وان كان شعبة قال حدثني قتادة عن سعيد بن المسيب عن ابن عمر لم يرفعه وتبعه داود ابن الهند عن سعيد

بن جبير عن ابن عمر لم يرفعه وتبعه فلان اراه ايوب عن سعيد بن جبير عن ابن عمر لم يرفعه ورفعه سماك وانا اعابه

لان المختار في تعارض الرفع والوقف تقديم الرفع لانه زيادة والزيادة من الثقة مقبولة وكان الظاهر من حال ابن عمر وشدة

اتباعه للاثر انه لم يكن يقتصر احد النقدين عن الاخر مستمرا من غير ان يكون عرفه عنه صلى الله عليه وسلم وامره صلى الله

عليه وسلم ان لا يفارقه وسيهما بيع معناه دين من ذلك البيع لانه صرف فمنع النسيئة فيه فاما الميراث فالتصرف

فيه جائز قبل القبض لان الوارث يخلف المورث في الملك وكان الميت ذلك التصرف فكذا الوارث وكذا الموهوب

له لان الوصية اخت الميراث ويجوز للمشتري ان يزيد البائع في الثمن ويجوز للبائع ان يزيد في المبيع

ويجوز ان يحط الثمن ويسقط كل منهما وتتعلق الاستحقاق بجميع ذلك من المزيد عليه والزيادة حتى كان للبائع

حبس المبيع لما ان ليستوفي الزيادة اذا كان الثمن حالا وليس للمشتري ان يمنع الزيادة ولا مطالبة البائع بتسليم المبيع

قبل اعطائها ولو سلم ثم استحق المبيع رجع بها مع اصل الثمن وفي صورة الحط للمشتري مطالبة البائع بتسليم المبيع

اذا سلم الباقي بعد الحط وعند زفر والشافعي رحمهما الله لا يصحان اما الزيادة والحط على اعتبار الالتحاق بأصل العقد

بل الزيادة بر مبتدا من البائع والمشتري والحط ابراء من بعض الثمن حتى رده يرتد وجه قولهما ان المبيع دخل في

ملك المشتري بالعقد الاول فلو التحق بالعقد صار مملكه وهو ما زاده بدلا عن ملكه وهو المبيع وكذا الثمن دخل

في ملك البائع فلو جاز الزيادة في المبيع كان المزيد عوضا عن ملكه اعني الثمن قلنا انما يلزم ما ذكرتم لو التحقا بالعقد

مع عدم تغيير لانا انما قلنا انهما بالزيادة والحط غيرا العقد عن وجهه الاول وهو كونه بذلك العقد لما كونه

بهذا المقدار وراينا الشرع اثبت لهما ولاية تحويل العقد من صفة لما صفة ومن وجوده بعد تحققه في الوجود

لما اعدامه بلا سبب سوى اختيارهما اما الاول فتحويله من عدم اللزوم لما اللزوم بالاسقاط الخيار وعكسه

بالخيار وكذا من كونه حالا لما موجلا بالحاق الاجل كما سنذكر في باب اجل الثمن الحال عندنا واما الثاني فبالاقالة وهي

تعيده لما قديم الملك فاولى ان تثبت لها تغييره من وصف كونه رابحا لما خاسرا او خاسرا لما رابحا او الى كونه

[illegible] تراه [illegible] بحا المهر [illegible] حط بعضه او زيادته جاز [illegible] تصحيح ذلك لزم الالتحاق باصل العقد ضرورة

اذ تغييره يوجب كونه عقدا بهذا العقد رفعا لضرورة يلتحق ذلك به اذ وصف الشيء يقوم به بخلاف ما لو

حط انه تبديل لاصله اذ يصير البدل الاخر هبة فيخرج عن كونه عقد معاوضة لما عقد التبرع فلا يلتحق به واذا

ثبت الالتحاق استثنى قولهما الزيادة عوض عن ملكه لما اخرما ذكراه وظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة فيجوز

المرابحة على الكل بالاصل والزايد ويجب ان يراعي في المبيع الاول وما زاده البائع مبيعا الا اول فقط ولذا التولية

وبيان العقد في المرابحة والتولية على الباقي بعد الحط ولذا يأخذ الشفعة حتى يأخذها الشفيع بالباقي فقط فان قيل

لو التحق لزم ان يأخذها الشفيع بحصة الزيادة بالمجموع من الاصل والزايد وهو منتف بل يأخذ الاصل دون الزيادة

او يقال فلم فرقتم بين الحط والزيادة بالنسبة الى الشفيع اجاب بقوله وانما للشفيع ان يأخذها بحصة الزيادة

بدون الزيادة لما في الزيادة من ابطال حقه الثابت قبلها فان بجرد العقد الاول تعلق حقه باخذها وقع عليه

التراضي الاول وعقد به والزيادة بعد ذلك في الثمن تصرف حادث منها يبطل حقه فلا ينفذ تصرفها

ذلك عليه ثم شرع يذكر شرط الزيادة والحط فقال ثم الزيادة الى اخره يعني ان شرط قيام المبيع في ظاهر الرواية

فلو هلك حقيقة بان مات العبد او الدابة او حكما بان اعتقه او دبره او مات به او استولدها او باع او وهب

وسلم او اجر او رهن ثم عاد من المتاجر والمرتهن او طبخ اللحم او طحن او نسج الغزل او خمر العصير او اسلم المشتري

الخمر فيما لا ينضح الزيادة لفوات محل العقد اذ العقد لم يرد على المطحون والمنسوج ولهذا يصير الغاصب احق

منها اذ الفعل في المغصوب ذلك ولذا الزيادة في المهر شرطها بقاء الزوجة فلو زاد بعد موتها لا يصح بخلاف ما لو

نتج الشاة المبيعة ثم زاد حيث ثبت الزيادة ولذا اذا اجر او رهن او خاط الثوب او اتخذ الحديد سيفا

او قطع يد المبيع واخذ المشتري ارشه تثبت الزيادة في كل هذه وامثالها لثبوت فيما ذكرنا من صور الهلاك بانه

لم يسقط حالة البيع الاعتياض عنه والالتحاق وان كان يقع مستندا فالمستند لا يدان تثبت او كما في الكالئ ثم

يستند ويتبين انه متعذر لانتفاء المحل فتعذر استنادها فلا تثبت كالبيع الموقوف لا تثبت مرابحة اذا كان

المبيع هالكا وقتها وقوله على ظاهر الرواية احتراز عما روي الحسن في غير رواية الاصول عن ابي حنيفة ان الزيادة

تصح بعد هلاك المبيع كما يصح الحط بعد هلاكه في المبسوط ولذا اذا كانت الزيادة من الاجنبي وضمنا لانه التزم ما

عرضا وهذا الالتزام صحيح وان لم يملك بمقابلته شيئا كما لو خالع امرأته مع اجنبي او صالح مع الاجنبي من الدين

على مال وضمنه صح وان لم يملك الاجنبي شيئا بمقابلته هذا في زيادة الثمن فاما الزيادة في المبيع ففي جمع التفاريق

تجوز الزيادة في البيع بعد هلاك المبيع وهلك اذكر في المنتقى فتكون لها حصة من الثمن حتى لو هلكت قبل القبض سقطت

حصتها من الثمن لخلاف الحط فانه يصح بعد هلاك المبيع لان المبيع بعد الهلاك بحيث يملك حط البدل الى الثمن

عما يقابله وحاصله احتراز العذر المحطوط عن ان يكون ثمنا فانما يشترط فيه قيام الثمن دون المبيع والثمن باق

فيثبت الحط ملتحقا باصل العقد الا ترى انه يصح الحط بسبب العيب بعد الهلاك فانه يرجع بالنقصان وبه

يكون الثمن ما سوى ما رجع به في استيفاء عوض المعدوم يصح والاعتياض عنه لا يصح ومن باع بثمن حال

ثم اجله اجلا معلوما صار موجلا وهو قول مالك خلافا للشافعي وكذا قوله في كل دين حال لا يصير موجلا بالتاجيل

وهو قول زفر لانه بعد ان كان حالا ليس الا وعدا بالتاخير قلنا الثمن حقه فله ان يرضى بتسبيره اجلا من عليه

وهذا لا يستلزم الدعوى وهو لزوم الاجل بالتاجيل فانه يقول لا شك ان له ان يرضى اما اللام في انه يلزم

التاخير شرعا اذا اخر وقوله الا يرى الى اخره يستدل به مستقلا في المطلوب وهو ان الشرع اثبت عند

اسقاطه السقوط والتاجيل التزام الاسقاط الى وقت معين فتثبت سريانا السقوط الى ذلك الوقت كما

تثبت سريانا سقوطه مطلقا باسقاطه مطلقا والواجل الى اجل مجهول كان الجهالة متفاحشة كبيوع الدرع

ومجيء المطر لا يجوز ولا يجوز التاجيل به ابتداء وان كانت يسيرة كالحصاد والدياس يجوز ويلزم كما ذا اقتصر اليها

وقد ذكرناه من قبل يعني في اثناء باب البيع الفاسد لان الاجل المجهول لم يشترط في عقد البيع ليفسد به بل فيما هو دين

وكل دين اذا اجله حاسبه صار موجلا فيما ذكرنا الا المختوم [illegible] يصح فيه خيار الاجل بناء [illegible] التفرق ويطل الاجل والله اعلم عند مالك يصح ايضا لان القرض صار ملكا له وعنده قال ابو يوسف فالوضيعة من المقترض فاجل ورثته صح قاضيخان بانه لا يصح كالواجل المقترض وقول صاحب المبسوط ينبغي ان يصح عند قول البعض لا يعارضه ولا يفيد ما يعتمد عليه والفرق بين ان يوجل بعد استهلاك القرض او قبله هو الصحيح وليس من تاجيل القرض تاجيل بدل الدراهم اذا اداها بغير المستهلكة اذ باستهلاكها لا تصير قرضا واجيب بانه يلزم تاجيل القرض ان يحل المستقرض المستقرض عند اخر بدينه فيوجل المقرض ذلك الرجل المحال عليه فيلزم حينئذ وجه المسئلة ان القرض صلة واعارة في الابتداء حتى يصح القرض بلفظ اعرتك هذه الالف بدل اقرضتك في نحوه ولهذا لا يملكه من لا يملك الصلاة والتبرعات كالوصي والصبي والعبد والمكاتب ومعاوضة في الانتهاء اذ اعطاه ليأخذ بدله ولهذا يلزم رد مثله بعد ذلك واعتبر مثله فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التاجيل كالا يلزم تاجيل الاعارة فانه لو اعاره المتاع الى شهر كان له ان يسترده في الحال اذ لا تاجيل في التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح ايضا لانه تصير هذه المقارضة بيع دراهم مثلا بمثلها نسيئة وهو ربا والا نه لو لزم كان التبرع ملزما على المتبرع شيئا كالكفالة عن المطالبة فيما يحتمل فيه وهو بناء على موضع التبرعات قال تعالى ما على المحسنين من سبيل نفي السبيل عنهم على وجه توصية الاستعداد فلو لو لزم تحقق سبيل عليهم ثم للمثل المردود حكم العين كما انه رد العين ولو هذا الاعتبار كان تمليك دراهم بدراهم بلا قبض في المجلس فيلزم اعتبارا شرعا كالعين واذا صحت كالعين فالتاجيل في الاعيان لا يصح بخلاف ما اذا اوصى ان يقترض من ماله الف لفلان الى سنة حيث يلزم ذلك من ثلثه كانه وصية بالتبرع فيلزم كما يلزم الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنة مع انه لو اعاره عبده وداره سنة كان له ان يسترده في الحال وهذا لان باب الوصية اوسع من سائر التصرفات الا ترى انه لو اوصى بثمرة بستانه جاز حتى كانت الثمرة معدومة في الحال رعاية لحق الموصي ونظرا له فعلا من الله ورحمة وان الرحمة عليه اجازها الشرع وكان القياس ان لا تصح لانها تمليك مضاف الى حال زوال ملكيته والله اعلم

باب الربا

هو من الجموع المنهية قطعا بقوله تعالى يا ايها الذين امنوا لا تاكلوا الربا بسبب زيادة فيه فناسبته بالمرابحة ان في كل منهما زيادة الا ان تلك حلال وهذه منهية والحل هو الاصل في الاشياء فقدم ما يتعلق بتلك الزيادة على ما يتعلق بهذه والربا بكسر الراء وفتحا خطا الربوا في كل مكيل وموزون بيع بجنسه وفي عدة من النسخ الربوا محرم في كل مكيل الى اخره وفي كثير منها زيادة مفاضلا الربوا يقال للفضل الزايد ومنه ظاهر قوله تعالى لا تاكلوا الربوا اي الزايدة في القرض والسلف على المدفوع والزايد في بيع الاموال الربوية عند بيع بعضها بجنسه وسنذكر تفصيلها ويقال للفضل الزيادة اعني بالمعنى المصدري ومنه واعلم السابيع وحرم الربوا اي حرم ان يزاد في القرض والسلف على القدر المدفوع وان يزاد في بيع تلك الاموال بجنسها قدرا ليس مثله في الاخر لانه حينئذ فعل والحكم يتعلق به ولا شك ان في قوله الربا في كل مكيل الخ اول بغير لفظ محرم لما اراد كل منهما لانه كذب على استفاظ لفظ مفاضلا او لا فايدة فيه بتقدير ثباتها فكان المراد حكم الربا وهو الحرمة اما استعمال الربوا في الحرمة فيكون لفظ الربا مجازا او على حذفه واراده فيكون من مجاز الحذف والربوا مراد به الزيادة مبتدا والمجرور خبره اي حرمة الزيادة ثابت في كل مكيل ثم قوله فالعلة الكيل مع الجنس او الوزن مع الجنس مرتبا بالفا لما عرف ان الحكم المرتب على مشتق يوجب كون مبدا الاشتقاق علته ولما رتب الحكم على الكيل والموزون مع الجنس تفرع عليه ان العلة الكيل مع الجنس وقد يعادل الكيل والوزن العدد وهو اشمل واحصر لكنه يشمل ما ليس بمبيع اذ يشمل الدرع والعدد وليس من اموال الربا اي علة تحريم الربا زيادة كونه جملة مع اتحاد البدلين في الجنس فهي علة مركبة والاصل فيه الحديث المشهور اخرج الستة الا البخاري عن عبادة بن الصامت قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد فاذا اختلف هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد واخرج مسلم من حديث ابي سعيد الخدري قال قال عليه الصلاة والسلام مثله سواء وزاد بعد قوله يدا بيد فمن زاد او استزاد فقد اربى واخرج مسلم ايضا عن ابي سعيد مثله وزاد بعد قوله فقد اربى الا ما اختلف الوانه وليس فيه ذكر الذهب والفضة والتقدير في هذه الروايات فلا يبيعوا مثلا بمثل

واما رواية مثل بالرفع ففي رواية محمد بن الحسن [illegible] عن ابي سعيد الخدري عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الذهب بالذهب مثل بمثل يدا بيد والفضة بالفضة مثل بمثل يدا بيد والفضل ربوا وهكذا قال الى اخر الستة وكذا ما روى محمد في كتاب الصرف باسناده الى عبادة ابن الصامت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الذهب بالذهب مثل بمثل يدا بيد هكذا الى اخر الاشياء الستة وذكر الترمذي الملح اخرا وفي رواية ابي داود عن عبادة ابن الصامت الذهب بالذهب تبره وعينه والفضة بالفضة تبرها وعينها الى ان قال ولا بأس ببيع الذهب بالذهب والفضة اكثر منها يدا بيد واما النسيئة فلا ولا بأس ببيع البر بالشعير والشعير اكثر منها يدا بيد واما النسئة فلا انتهى ومعلوم ان الجواز في بيع الذهب بالفضة والبر بالشعير لا يقتضي جواز زيادة الفضة والشعير بل لو كان الزايد الذهب والبر جاز ولكن ذلك محمول على ما هو المعتاد من تفضيل الذهب على الفضة والبر على الشعير والحكم يعني حرمة الربا او وجود التسوية معلول باجماع الغايسين اي القايلين بوجوب القياس عند شروطه كخلاف الظاهرية وكذا عثمان البتي فان عندهم الربوا مقتصر على الاشياء الستة المنصوصة المتقدم ذكرها اما الظاهرية فلانهم ينفون القياس واما عثمان البتي فلانه يشترط في القياس ان يقوم دليل في كل اصل انه معلول ولم يظهر له هنا وانه يبطل العدد ولا يجوز كما في قوله خمس من الفواسق فلا تعليق الحكم بالمشتق كالطعام في قوله لا تبيعوا الصاع بالصاعين كما ياتي عند الشافعي دليل وستقيم عليه الدليل واما ابطال الوجود فهو بناء على اعتبار مفهوم المخالفة وهو ممنوع ولو سلم فالقياس مقدم عليه باتفاق القايلين به والابطال الممنوع بعد الابطال بالنقض اما بالزيادة بالعلة فلا وتخصيص هذه الستة بالذكر لان عامة المعاملات الكاينة يومئذ بين المسلمين كانت فيها وممن نقل عنه قصر حكم الربا على الستة ابن عقيل من الحنابلة وهو ايضا ما ثور عن قتادة وطاوس قيل فلا يحرم قوله باجماع القايسين لكن العلة عندنا ما ذكرناه يعني القدر والجنس فعند اجتماعهما يحدم التفاضل والنساء وبانفرادهما يحرم النساء وحال التفاضل كما ياتي وعند الشافعي الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان والجنسية شرط والمساواة مخلص من الحرمة وهي اعني الحرمة الاصل وعند مالك العلة الاقتيات والادخار فكل ما يقتات ويدخر فهو ربوي وما لا فلا لانه عليه السلام حض البر وما ذكر معه ليقيد به كل معنى ظاهر فيه فيه بالبر على ما يقتات نعم الحاجة اليه وتقوم الابدان به والشعير يشاركه فيه مع كونه علفا وقوتا لبعض الناس عند الاضطرار فيلحق به الذرة ونحوها وبه بالتمر على كل حلاوة تدخر غالبا كالعسل والسكر والزبيب وبالملح على ما هو المقتات فهو في حكم ما ذكر وما في معناها والذهب والفضة معللان بعلة قاصرة عندهم وهي كونهما قيم الاشياء واصول الاثمان وقال الشافعي في القديم العلة الطعم مع الكيل او الوزن وفي الجديد هي الطعم فقط في الاربعة والثمنية في النقدين ومنهم من جعلها عينهما والتعدي الى الفلوس الرابجة وجه والصحيح انه لا ربا في الاشياء الثمنية الغالية وهو قول احمد في رواية والجنسية شرط عمل العلة وعن هذا لم يجعل الجنس باتفراده يحرم شيئا على الجديد بخلاف الربا في الماوجه قوله قوله صلى الله عليه وسلم طعام الطعام بالطعام مثلا بمثل رواه مسلم والطعام مشتق من الطعم فكان مبدا الاشتقاق علة وروي لا تبيعوا الطعام الى اخره فانه دان الحرمة اصل والمساواة مخلص فاذا لو اقتصر على لا تبيعوا لم يجز بيع احدهما بالاخر مطلقا فلما ثبت المساواة كانت الحرمة ثابتة لانها هي الاصل فامتنع بيع الحفنة بالحفنتين والقاعة بالقاعتين والتمرة بالتمرتين والجوزة بالجوزتين والبيضة بالبيضتين والقليل بالقدر يقتضي تخصيص هذا النص اذ يجوز الحفنة بالحفنتين وهذا الطريق يفيد انها علة منصوصة ولو افدنا في استنباط علته اذا نا الى هذه العلة ايضا ووجهه انه نص على شرطي التفاضل والتماثل وهذا الاشتراط يشعر بالجوزة والخطر كما اشترط الشهادة في النكاح فوجب تعليله بعلة توجب الجوزة والخطر وفي الطعم ذلك لتعلق بقاء النفوس والتمنية التي بها يتوصل الى تحصيل العروض التي بها حصول المقاصد الاصلية من بقاء النفس وغيرها من حصول الشهوات ولا اثر للجنسية والقدر في ذلك اي في اظهار الجوز والخطر فجعلناه شرطا والحكم قد يدور مع الشرط كما لو جمع مع الاحصان ولنا انه اي النص المشهور اوجب التماثل شرطا للبيع واجاب الحاكم هو المقصود بسوق الحديث اذ لا يفيد مزاحما لفظ بيعوا حيث انتصب مثلا اي بيعوا هذه الاشياء مثلا

تمثل وبهذا تبين ان الاباحة في بيع الاموال الربوية [illegible] الاصل [illegible]
النبي [illegible] ما بعد الاخر ما جاز ابتداء وحاله الامر بالتسوية عند بيعها [illegible] آخر [illegible]
البيع المبني عن التفاضل اذا كان عقد معاوضة فاستدعى شيئين كان المماثلة تستدعي شيئين [illegible] المماثل
فان كلا منهما مساو للآخر في كونه مستدعى العقد فتسوي بينهما في المماثلة عند اتحاد الجنس في القدر ليتم معنى البيع
او اوجب المماثلة صيانة لاموال الناس عن التوي فانه اذا قوبل بجنسه قابل كل جزء كل جزء فاذا كان فضل في
احدهما ورد ذلك الفضل ثاويا عليه مالكه فلقصد صيانة اموال الناس عن التوى اوجب المماثلة بخلاف ما اذا قوبل
المال بغير جنسه فانه لا تحقق فيه جزء لم يقابل بجزء من الاخر فلا تحقق التوي الا عند المقابلة بالجنس مع تحقق
الفضل في احد الجنسين ثم من تتمة المماثل المساواة في التقابض فان للحال مزية على الموخر فاوجب التقابض
ايضا لذلك وبه ظهر قصد المبالغة في صيانة عن التفاوت حفظا عليهم اموالهم والمماثلة بين الشيئين تتم باعتبار
الصورة والمعنى والمعيار لسوى الذات اي الصورة والجنسية تسوى المعنى ينظهر بذلك الفضل فيتحقق الربا لان
الربا هو الفضل المستحق لاحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه اي في العقد وعلمنا ان الخلو في المعاوضة
لا تحقق الا عند المقابلة بالجنس فلزم ما قلنا من الكيل او الوزن مع الجنس ولم يعتبر في اثبات المماثلة عدم تفاوت الوصف
اما لانه لا يعد تفاوتا عرفا وفيه نظر لان في اعتباره سد باب البياعات وهو الوجه لانه قلما يخلو عوضان
من جنس عن تفاوت ما فلم يعتبر وقوله عليه السلام عينا بعين يدا بيد ورد بها سواء ان صح بعينه والا فهو مفاد من حديث بيع
التمر بالجنيب والاجماع عليه وعلة اهداره ما ذكرنا وعند تامل هذا الكلام يتبادر ان المناظرين لم يتواردا على محل
واحد فان الشافعي ومالك عينوا العلة معنى الباعث على شرع الحكم وهو عينوا العلة معنى المعرف للحكم فان الكيل
يعرف المماثلة فيعرف الجواز وعدمها فيعرف الحرمة فالوجه ان نحد المحل وذلك بحملها الطعم والاقتيات ليلي اخر
ما ذكروا عندهم وعندنا هي قصد صيانة اموال الناس وحفظا عليهم وظهور هذا القصد من ايجاب المماثلة في الموزون
والتقابض اظهر من ان يخفى على من له ادنى لب فضلا عن فقيه واما الطعم فربما يكون التعليل به من فساد الوضع
لان الطعم مما تشتد الحاجة اليه ابتداء اما والبسبيل في مثل ذلك الاطلاق بما يلغ الوجوه دون التضييق
فان السنة الالهية جرت في حق جنس الانسان ان ما كان الحاجة اليه اكثر كان اطلاق الشرع فيه ادسع كالماء والكلاء
للدواب فان قالوا لما لم يترتب على المشتق عليه قلنا ذلك لشرط لكونه صالحا مناسبا للحكم على انا نمنع ان الطعام مشتق
بل هو اسم لبعض الاعيان الخاصة وهو البر والشعير لا يعرف المخاطبون بهذا الخطاب غيره بل التمر وهو مما
ماكولهم لا يسمونه طعاما ولا يفهمونه من لفظ الطعام الا يرى ان مالكا فيما قدمنا اجاز التفرق في كل مبيع قبل القبض
سوى الطعام قال لانه صلى الله عليه وسلم خصه بالذكر ولم يرد كل ما يوكل او يشرب من البقل والماء والطين الارمني
وهو صحيح لولا دليل اخر قمنه والحاقه بالبعض فيه خلل لان البعض مصون شرعا وعرفا وعادة عن الابتذال
والاباحة فكان الاشتراط من تحقيق عرض الصيانة بخلاف ما في الاموال فان اصلها الاباحة ويوجد كثير منها
مباحا حتى الذهب والفضة وانما لزم فيها العقد بعد تعلق حق انسان به دفعا لمفسدة التغالب فوضعها
على ضد وضع البضع من الابتذال والامتهان دفعا للحوائج الاصلية فالحاقها به غير صحيح [illegible] انهم لما عدوا التوقف
في الكيل والوزن اجازوا بيع ما لا يدخل تحت الكيل مجازفة فاجازوا بيع التفاحتين والحفنة من البر
بحفنتين لعدم وجود المعيار المعرف للمساواة فلم تحقق الفضل وهنا كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف بالمثل وهذا
في غير الموزون من العددي المتقارب اما فيه فكلام فخم الاسلام ان الجوزة مثل الجوزة في ضمان العدوان وكذا التمرة بالتمرة
لان في حكم الربوا لان الجوزة ليست مثلا للجوزة لعدم دليل المماثلة ولوجود التفاوت الفاحش عادة والتفاوت
فاصل في حقهم وهو ضمان العدوان فاما في حق الشرع وهو وجوب التسوية فلا وسئل ابو بكر محمد بن الفضل عمن
باع قفيزا من حنطة فعفنت عنده حتى فسدت فان ابى الا ان ياخذ عينا اخذها ولا شيء له في مقابلة الفساد
الذي حصل لها وعندان في لما كانت الطعم حرم الحفنة والقفيز بقفيزين وقالوا ما دون نصف صاع في حكم
الحفنة لانه لا تقدير في الشرع بما دونه فعرف انه لو وضعت مكاييل اصغر من نصف الصاع لا يعتبر التفاضل

خفنة وفي جامع العتابي وقيل في رواية في الحفنة بالقفيز واللب بالجوز والصحيح ثبوت الربا ولا يمكن اخاطر [illegible] هنا بل
يجب بعد التعليل بالقصد لصيانة اموال الناس تحريم التفاحتين والحفنة بالحفنتين اما ان كانت مكاييل
اصغر منها كالمدي وما دونه من وضع ربع القدح وثمن القدح المصري فلا شك ولكون الشرع لم يقدر بعض المقدرات الشرعية
في الواجبات المالية كالكفارات وصدقة الفطر بما قل منه لا يستلزم اهداره والتفاوت المتيقن بل الا يحل بعد تيقن
التفاضل مع تيقن تحزم اهداره ولقد اعجب غاية العجب من كلامهم هذا وروي الحلي عن محمد انه كره التمرة بالتمرتين وقال كل
شيء حرم في الكثير فالقليل منه حرام وتقدم على الخلاف ما لو تبايعا مكيلا او موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص
والحديد لا يجوز عندنا للوجود القدر والجنس مع التفاضل على ما قررناه للصيانة وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية هذا
ولكن يلزم على التعليل بالصيانة ان لا يجوز بيع عبد بعبدين وبعير ببعيرين وجوازه مجمع عليه اذا كان حالا فان قيل
الصيانة حكمة فيناط بالمعروف لها وهو الكيل والوزن قلنا انما يجب ذلك عند خفاء الحكمة وعدم انضباطها ومع المال
ظاهر منضبط فان المماثلة وعدمها محسوس وبذلك تعلم الصيانة وعدمها غير ان ضبط هذه الحكمة بالكيل والوزن
نيابة عن مقصده بالعبد بعبدين وثوب هروي بهروي وبين في الاسرار ما دون الحبة من الذهب والفضة لا قيمة
له واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه وهو القدر حل التفاضل والتناسيع الحنطة بالدراهم
او الثوب الهروي بمروي لما اجل والجوز بالبيض لاجل العدم العلة المحرمة وعدم العلة وان كان لا يوجب عدم
الحكم لكن اذا انعدمت العلة لزم من عدمها العدم بمعنى انها تؤثر العدم بل لا تثبت الوجود لعدم علة الوجود فيبقى
عدم الحكم وهو الحرمة فيما نحن فيه على عدمه الاصلي واذا عدم سبب الحرمة والاصل في البيع مطلق الاباحة الا ما اخرجه
دليل من اضافه كان الثابت الحل واذا وجدا اي الجنس والمعنى المضموم اليه وهو القدر حرم التفاضل والتناسيع
بالتعبير لا يجوز الامر التفاضلي والتقابض لوجود العلة الموقفة للحكم على ما بينا واذا وجد احدهما وعدم الاخر حل
التفاضل وحرم التماثل ان يسلم ثوبا بهرويا في ثوب هروي لوجود اتحاد الجنس مع عدم المضموم اليه من الكيل
او الوزن لا يجوز وكذا اذا باع عبدا بعبد لاجل لوجود الجنسية ولو باع العبد بعبدين او الهروي بهرويين
حاضرا جاز او حنطة بشعير بصورة اختلاف الجنس مع اتحاد المضموم وهو المسوي وكذا حديد برصاص وقضية
ان لا يجوز فلوس في جبن ونحوه بوزنا لانها وزنية فحرمت ربا الفضل بالوصفين جميعا وحرمة التناسيع
والتناسيل بدليل غيره وقال الشافعي رحمه الله الجنس بانفراده لا يحرم شيئا لانه لا دليل عليه وايضا الدليل
على نفيه وهو ما عن ابن عمر رضي الله عنهما انه صلى الله عليه وسلم جهز جيشا فامرني ان اشتري بعيرا ببعيرين وهذا
يكون سلما وعن ابن عمر انه باع بعيرا باربعة الى اجل وعن علي رضي الله عنه انه باع بعيرا يقال له مصور بعشرين بعيرا
الى اجل والمعنى ان الكامل في احد البدلين يظهر التفاوت فيه حكما والتفاوت حقيقة اكثر تاثيرا منه حكما فاذا
كان التفاوت حقيقة في هذه الاموال بان باع الواحد بالاثنين لا يؤثر في منع الجواز بالاتفاق حتى جاز هنا البيع
اذا كان مالا اتفاقا فالتفاوت حكما اولى بهذا يعني قول الصفار بالنقد بية الى آخره ولنا انه سال الربوا
نظرا الى القدر او الجنس وعرف ان التقدير اوجب فضلا في المالية حتى تعرف المبيع بالحال يا نقص منه بالمؤجل
فتحقق بوجوده شبهة علة الربا وشبهة الربا منافية لحقيقة الربوا بالاجماع على منع بيع الاموال الربوية مجازفة وان علم
التفاوت وتماثل الصيرفان في الروية وليس فيه الا شبهة ثبوت الفضل بل قالوا لو تبايعا مجازفة ثم كيل بعد ذلك
فظهر امتساويين لم يجز عندنا ايضا خلافا لزفر لان العلم بالمساواة عند العقد شرط لجواز. انهيه صلى الله عليه وسلم
عن الربا والربية وكذا الاتفاق على انه لا يجوز بيع الحنطة بالشعير نسيئة يفيد ما ذكرنا والتحقيق ان المعمول في ذلك
ما تقدم من حديث عبادة ابن الصامت مما اخرجه الستة الا البخاري من قوله في اخر الحديث فاذا اختلفت هذه الاصناف
فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد فالزم التفاضل عند الاختلاف وهو فحزم النسيئة وكذا ما تقدم من رواية
ابي داود ولفظه صلى الله عليه وسلم ولا باس ببيع البر بالشعير والشعير اكثر منهما يدا بيد واما النسيئة فلا اخرج ابو داود
ايضا قال ناموسى ابن اسماعيل حدثنا حماد عن قتادة عن الحسن بن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الحيوان

مسئلة فقاوه لبيان ان وجود [illegible] الربا [illegible] علة الربا [illegible] الوزن [illegible] الوزن اعني المضبط انما قد هذا
ان مقتضى ما ذكر من ان الشبهة حكم الحقيقة ان يحرم باحد الوصفين الفاضل ايضا ان شبهة العلة حكم العلة
حكم العلة وحكم العلة تحريم النساء فثبت به شبهة
حكم العلة وحكم العلة تحريم النساء فثبت فيهما بما تقدم هذا الحديث على حديث البعير ببعيرين الى محمول وذلك
صحيح ويجمع بينهما بان ذلك كان قبل تحريم الربا والمكان مقتضى ما ذكر ان لا يجوز اسلام النقود من الدراهم والدنانير في الاعراض
وفي سائر الموزونات كالقطن والحديد والنحاس وهو جائز بالاجماع اجاب بالفرق بان الوزن في النقود وتلك
الاموال مختلف فانه في النقود بالمثاقيل والدراهم الصحاح وفي الزعفران بالامنا والقبان وهذا اختلاف في الصورة
بينهما وبينهما اختلاف اخر معنوي وهو ان النقود لا تتعين بالتعيين والزعفران وغيره يتعين واخر حكمي وهو انه
لو باع النقود موازنة وقبضا كان له ان يبيعها قبل الوزن وتعيينه لو اشتري دراهم او دنانير موازنة موزنها
البائع بغيبة المشتري وسلما فقبضا جاز له ان يتصرف فيها قبل وزنها بخلاف الزعفران ونحوه يشترط اعادة
الوزن في مثله فاذا اختلفا اي النقد والزعفران ونحوه فيه اي في الوزن صورة ومعنى وحكما لم يجمعها العقد من كل
وجه فتنزل الشبهة فيه الى الشبهة المتهمة وهي غير معتبرة وقوله صورة ومعنى وحكما مشوش مرتب بعد اللتي والاحق ان التعيين
بالتعيين وعدمه لا يتعلق بالوزن وليس الاختلاف باعتباره اختلافا في معنى الوزن وكذا الاول فان الزعفران والمسك
والزباد يوزن بالصنجات ايضا ولكذا الاخير بل الافرق بين النقد وغيره لا في ذلك وقوله وفي الزعفران واشباهه
لا يجوز ان اراد انه بعد ما اتزنه من بايعه وقبضه ليس له ان يبيعه حتى يعيد الوزن ممنوع بل له ان يبيعه موازنة
من احترم يلزم بعد هذا البيع ان يزنه الاخر ليسلمه اليه ليصح تصرفه الاخر فيه وكذا تقول في الدراهم اذا قبضا واما ان يقال
اذا باع بالدراهم حتى كانت ثمنا او باعها له ان يتصرف فيها قبل قبضا بخلاف الزعفران لانه مبيع وذلك ثمن ويجوز التصرف
في الثمن قبل قبضه بخلاف المبيع فعلى تقدير هذا الاختلاف الحكمي وهو لا يوجب اعتباره غير مشاركين له في اصل الوزن
واذا ضعف هذا فالوجه في هذا ان يضاف تحريم الجنس بانواعه الى السبع كما ذكرنا ويلحق به تاثير الكيل او الوزن
بانفراده ثم يستثنى اسلام النقود في الموزونات بالاجماع ولا يفسد اكثر ابواب السلم وسائر الموزونات فلا في النقد
لا يجوز ان تسلم في الموزونات وان اختلف اجناسها كاسلام حديد في قطن او زيت في جبن وغير ذلك الا اذا اخرج من ان
يكون موزونا بالصنجة الا في الذهب والفضة فلو اسلم سيفا فيما يوزن جاز الا في الحديد لان السيف خرج من ان يكون موزونا
ومنعه في الحديد لاتحاد الجنس وكذا لو جوز بيع انا من غير النقدين مثله من جنسه بدا بيد خاسا كان او حديدا وان كان
احدهما اثقل من الاخر بخلاف ما من الذهب والفضة فانه يجري فيها بالفضل وان كانت لا تباع وزنا لان صور الوزن منصوص
عليها فيها فلا يتغير بالصنعة ولا يخرج عن الوزن بالعادة واورد انه ينبغي ان يجوز حينئذ اسلام الحنطة والشعير في
الدراهم والدنانير لاختلاف طريقة الوزن اجيب بان امتناعه لامتناع كون النقد مسلما فيه لان المسلم فيه مبيع وهما
متعينان للتسليم وهل يجوز بيعا قبل ان كان بلفظ البيع يجوز بيعا بثمن مؤجل وان كان بلفظ السلم فقد قيل لا يجوز قال الطحاوي
ينبغي ان ينعقد بيعا بثمن مؤجل هذا واختلاف الجنس يعرف باختلاف الاسم الخاص واختلاف المقصود فالحنطة
والشعير جنسان عندنا وعند الشافعي وقال مالك جنس واحد حتى لا يجوز بيع احدهما بالاخر متفاضلا لان اسم الطعام
يقع عليهما قلنا بل جنسان لانهما مختلفان اسما ومعنى واما قوله كل من افرد في قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة والشعير
بالشعير يدل على انهما جنسان والاقال الطعام بالطعام ولكون اسم الاعم يقع على الاخص لا يوجب اذ جميع ما يصدق
عليه تكون مماثلة كالحيوان يصدق على امور متباينة بالشكل كالانسان والفرس ولم يلزم من ذلك ان يكون جنسا
واحدا بالمعنى العقلي والثوب المروي والمروي وهو يسكون الراجنسان لاختلاف الصنعة وتوام الثوب بها وكذا
المروي المنسوج ببغداد وخراسان والقبا الاورمي والطالقاني جنسان والنمرقة جنس واحد والحديد والرصاص
والعقيد اجناس وكذا غزل الصوف والشعر ولحم البقر والضان والمعز والابلية واللحم ونحوه البطن اجناس ودهن
البنفسج والخيري جنسان والادهان المختلفة اصولها اجناس ولا يجوز بيع رطل زيت غير مطبوخ برطل مطبوخ مطيب
كذا القيد زيادة وكل شئ نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه قيلا فهو كيل ابدا وان ترك
الناس الكيل فيه حتى لا يجوز بيعه وزنا وان علم انهما متماثلان في الكيل ايضا وكل ما نص عليه

تحريم

تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون ابدا مثل الذهب والفضة [illegible] من العرف لان العرف جائز
ان يكون على باطل وكان حجيته العرف على الدين تقاروه والتزموه فقط والنص حجة على الكل فهو اقوى وان العرف
انما صار حجة بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم ما راه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وفي المجتبى ثبت بهذا ان
ما يعتاده اهل حوارزم من بيع الحنطة الربيعية بالحرنبية موزونا متساويا او متفاضلا نقدا او نسيئة وما لم يمض
عليه عليه الصلاة والسلام فهو محمول على عادات الناس في الاسواق لانها اي العادة دلالة على الجواز فيما وقعت
عليه لقوله صلى الله عليه وسلم ما راه المسلمون حسنا الحديث ومن ذلك دخول الحمام وشرب ماء السقاء لان العرف
بمنزلة الاجماع عند عدم النص وزاد الشافعي ان ما كان مستخرجا من اصل فهو ملحق به كما تبع له كالدقيق والخل اي
يوسف رحمه الله انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه ايضا لان النص على ذلك الكيل في الشئ او الوزن فيه ما كان
في ذلك الوقت الا ان العادة اذا ذال بذلك وقد تتبدل فتتبدل الحكم واجيب بان تقريره صلى الله عليه وسلم اياهم
على ما تعارفوا من ذلك بمنزلة النص منه عليه فلا تغير بالعرف لان العرف لا يعارض النص كما ذكرناه انفا كذا وجه والاحق
ان هذا لا يلزم ابا يوسف لان قصاراه انه كنصه على ذلك وهو يقول بهما ولكن العرف الطاري بعد النص يشاكل ان
تغير العادة ليستلزم تغيير النص حتى لو كان صلى الله عليه وسلم حيا رأى عليه وزان ما ذكرنا في سنية التراوح مع انه
صلى الله عليه وسلم لم يواظب عليه بل فعله مرة وترك لكن لما بين عذر حنشية الافتراض على معنى لولاه لواظب حكم بالسنية
مع عدم المواظبة لانا امنا من بعده النسخ فحكمنا بالسنية فكذا هذا لو تغيرت تلك العادة التي كان النص باعتبارها
الى عادة اخرى تغير النص والله اعلم فعلى هذا الوباع الحنطة بجنسها متساويا موزونا والذهب بجنسه متماثلا
كيلا لا يجوز عندي اي عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وان تعارفوا ذلك لتوهم الفضل لو كان بالمعيار المنصوص عليه
كالوباع مجازفة فانه لا يجوز لتوهم الفضل في احدهما وقوله الا انه الى آخره استثناء على قوله لما من قوله فهو مكيل
ابدا اي يلزم ان يتصرف فيه بالكيل ابدا فهو بعمومه يمنع السلم في الحنطة ونحوها وزنا فاستثناه وقال
يجوز ذلك لان الصحيح فيه كون السلم فيه معلوما فيجوز ان لا يكون بينهما في منازع وذلك يتحقق بالتعارف على
الوزن بخلاف بيعها بجنسها فان الصحيح لعامة المشائخ بالمسوي الشرعي المتعين فيسلم لكن ذلك المسوي التحق بالجزاف
فلا يجوز وهذا اختيار الطحاوي وروي الحسن عن اصحابنا انه لا يجوز لانها كيل بالنص والحاصل ان فيه روايتين والفتوى
على الاول وقد عرفت العرف وقوله في الثاني الفتوى على عادة الناس يقتضي انهم لو اعتادوا ان يسلموا فيها كيلا
فاسلم وزنا لا يجوز والاينبغي ذلك بل اذا اتفقا على معرف كيل او وزن ينبغي ان يجوز لوجود المصحح وانتفاء المانع
وفي جميع المتارخ روي عنهما جواز السلم وزنا في المكيلات وقد مر على قول ابي يوسف في الموزونات لان انه يجوز وكذا اطلقه
الطحاوي فقال لا بأس بالسلم في الكيل وزنا وفي الموزون لما هنا الذي ذكره فرق بين الكيل بنصا الوزن في عادة وقلة
فاما الوزن بنصا او عادة فانه بين من جنس واحد حديد او ذهب او فضة احدهما اكثر وزنا من الآخر فهو الا بين من غير
التقدين يجوز بيع احدهما بالاخر اذا كانت العادة ان الاباعان وزنا لانه عددي متقارب وفي اواني الذهب والفضة
لا يجوز فانه يجري فيها ربوا الفضل وان كانت لا تباع وزنا في العادة فان الوزن في الذهب والفضة منصوص عليه
فلا يتغير للصنعة بالعادة واما في الحديد ونحوه فالوزن فيه ثابت بالعرف فيخرج بالصنعة ايضا من ان يكون موزونا
بالعرف وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني هذا في التحقيق تفسير لبعض الفاظ ربما ينسب الى المبيع بلفظ
النقد ولم يشتهر فيما انه اسم يرجع الى الوزن كما اشتهر في المن والقنطار او الى الكيل كما في الصاع والمد فلا يدري ان هذه
الاسماء من قبيل الوزن فيجري حكم الوزني على المبيع او الكيل فيجري عليه حكم الكيل وذلك كاسم الرطل وهو يضم
الراء وكسرها والاوقية فاذا كان المنسوب اليها من المبيعات وزنيا فيجري عليه ذلك فلو بيع ما ينسب الى الرطل والاوقية
مما لا يكال متساويين بعرف قدرهما لا بعرف قدرهما لا يجوز كما لو باع بقفيز حنطة بعينه لا يجوز لجهالة المقدار
ولو باع بما لا يستفاضا ولا متساويا والوزن صحيح وليس فوات الاحتمال عدم تساويهما وزنا بعادة انه لو ظهر تساويهما
وزنا يجوز فانا قدمنا ان موال الربا لو بيعت مجازفة ثم ظهر تساويهما لا يجوز خلافا لزفر وقول الشافعي كقولنا

لا يجوز

بيع

بل الافادة ان علم تساويهما بيقين او ظن بالكيل او الوزن كان جايزا نعم الرطل والاوقية مختلف
فيها عرف الامصار ويختلف في المصر الواحد باختلاف المتعاملين فالرطل الان بالاسكندرية ثلثمائة درهم واثنا عشر
درهما توزن كل عشرة مثاقيل وفي مصر ماية واربعون درهما وفي الشام اكثر من ذلك بكثير كما سياتي
وفي حلب اكثر من ذلك وتفسير ابن عبيد الرطل بانه مايتان وثمانية وعشرون تفسير للرطل العراقي الذي قدر به الفقهاء
كل صدقة الفطر وغيرها من الكفارات ثم في الاسكندرية الرطل المذكور لغير الخبز مايتا درهم وزن سبعة وكل
رطل في عرف دمياط مصر والشام واقطاره اثنا عشر اوقية ودرهما كان في غيرها عشرين اوقية وحينئذ لا يشكل اختلاف كمية
الاوقية باختلاف الرطل وفي زمنه صلى الله عليه وسلم كانت اربعين درهما ثم الاوقية مثلا اثنا عشر كما ذكرنا وفي نحو المسك والزعفران
عشرة والحاصل ان هذه الاسامي اسماء لموزونية من جهة الاصطلاح تعرف بالاستكشاف والسوال فيعرف بالحال وقوله
بالكيال لا يعرف وزنه لما اخره عرف تقديره وعند الصرف ما وقع عليه جنس الاثمان ذهبا وفضة بجنسه
او بغير جنسه فان كان بجنسه اشترط فيه التساوي والتقابض قبل افتراق الابدان وان اختلف المجلس حتى
لو عقد عقد الصرف ومشيا فرسخا ثم تقابضا وافترقا صح وان لا يكون به خيار وكذا السلم والاجل كذا ذكروه وهو
مستدرك لان اشتراط التقابض يغنيه ولو اسقطا الخيار والاجل في المجلس عاد صحيحا حالا فالزعفران كان كذلك جنسه
كالذهب بالفضة ربا الاها وهاء وهاء لروى ابن ابي شيبة من حديث ابن عمر عنه عليه الصلاة والسلام الذهب بالذهب ربا
الاها وهاء والورق بالورق ربا الاها وهاء والبر بالبر ربا الاها وهاء والشعير بالشعير ربا الاها وهاء والتمر
ربا الاها وهاء رواه اصحاب الكتب الستة الذهب بالورق ربا الاها وهاء والبر بالبر ربا الى اخره وهاء ممدودة من هاء
والف الضرب بوزن هاع مبنى على الفتح ومعناه خذ سمي ربا لان كل منهما لصاحبه خذ ومنه هاؤم اقرؤا
كتابيه وقيده بانه عيني بيد في الحديث المتقدم ثم قال وما سواه اي ما سوى عقد الصرف مما فيه الربا من بيع
الاموال الربوية بجنسها او خلاف الجنس يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التقابض فلو افترقا بعد تعيين البدلين
عن غير قبض جاز عندنا خلافا للشافعي في بيع الطعام بالطعام اي كل مطعوم حنطة او شعيرا ورحم او فاكهة فانه
يشترط فيه التقابض لقوله صلى الله عليه وسلم يدا بيد انه حينئذ يقع التفاضل في القبض والنقد منه فيكون ربا لان المؤجل
اذ يحصل التفاوت في البدلين ولنا انه مبيع معين فلا يشترط في صحة بيعه القبض كالثوب بالثوب والعبد
بالعبد وتحوذلك وهذا لان الفايدة المطلوبة انما هو التمكن من التصرف وذلك يترتب على التعيين فلا حاجة
الى اشتراط شرط اخر وهو القبض بخلاف الصرف لان التعيين لا يحصل فيه الا بالقبض فان الدراهم والدنانير
لا تتعين مملوكة بالعقد الا بالقبض قال ومعنى قوله يدا بيد عينا بعين كذا رواه عبادة ابن الصامت تقدم رواية
عبادة ابن الصامت يدا بيد وله رواية اخرى عند مسلم عينا بعين ولفظه في مسلم سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم
ينهى عن الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح الا سواء
بسواء عينا بعين فمن زاد او ازداد فقد اربى وفيه قصة قوله ينفع التفاوت فيحصل التفاوت ممنوع بل هذا
القدر موجود لا بعد زيادة ما لم يذكر الاجل وقد استشكل بانه استدل بيد ابيد على اشتراط التقابض قبل الافتراق
في الصرف ثم استدل به هنا على ان الشرط التعيين لا التقابض فيكون تعيينا للمشترك او الحقيقة في المجاز والجواب انه
فسرها وهاء يدا بيد بالتعيين لرواية عينا بعين واستدل به على التقابض في الصرف لا ينفيه لان الاستدلال انما هو على
التعيين ايضا لانه لما كان التعيين هنا كان بالتقابض بغيره لما قلنا انها لا تتعين الا بالقبض كان الاستدلال
بها عليه استدلالا عليه لكن ينبغي ان يقال حمل يدا بيد على معنى عينا بعين ليس ارجح من غلبه واجيب عنه بان رواية عينا
بعين تفسير للمحتمل لان يدا بيد يحتمل معنيين فحمله تفسيره له ولو كان المراد منه القبض لم يبق لقوله عينا بعين فايدة لانه
يحصل بالقبض ضرورة فلزم ان عينا بعين تفسير ليدا بيد ولقايل ان يدفعه بمنع الاجمال بل هو ظاهر في التقابض
ويجب ان يحمل عينا بعين عليه لان القبض اخص من التعيين فكل قبض يتضمن تعيينا وليس كل تعيين قبضا وباب الربوا
باب احتياط فيجب ان نحمل العينية على القبض ويؤيده فهم عمر رضي الله عنه لذلك في الصحيحين ان مالك ابن انس
اصطرف من طلحة بن عبيد الله صرفا بماية دينار فاخذ طلحة الذهب يقلبها في يده ثم قال حتى ياتي خازني من الغابة

وغير

وعمر يسمع ذلك فقال والله لا تفارقه حتى تاخذ منه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم للذهب بالورق ربا الا هاء وها والبر بالبر ربا الا
وها والشعير بالشعير ربا الا وها والتمر بالتمر ربا الا وها وهذا يدل على ان المعتبر التعيين وهذا هو المذهب
على ان في صحيفة رضي الله عنه وكيف وهي هاته وهو من اسماء الافعال ومنه هاؤم اقرؤا كتابيه وقال قايل تمر لي
من بقاء السقاء ثم تحول ابن عبيد هاء واما ما نقل من قياس الشافعي على الصرف في اشتراط التقابض فدفع بان الاسم يبنى
هنا عن صرف كل الى الاخر ما في يده والمعاني الغيبية تعطف على الاسماء الشرعية وليس في الفرع ذلك الا انه لا حاجة له
اليه فان الدليل السمعي على الوجه الذي قررناه يستقل بمطلوبه ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمرة بالتمرتين يدا
اخره ومبنى ذلك بسق وهو ظاهر غير ان ذلك كله مشروط بكونه يدا بيد وهو من مسايل الجامع الصغير صورتها فيه محمد
عن ابي يوسف عن ابي حنيفة في بيع بيضة ببيضتين وجوزتين او فلس بفلسين او تمرة بتمرتين يدا بيد جاز اذا كان عينه
وليس للاها وها احدهما وصورة اربع ان يبيع فلسا بغير عينه بفلسين بغير اعيانها لا يجوز لان الفلوس الرايجة اموال متساوية
قطعا لاصطلاح الناس على سقوط قيمة الجودة منها فيكون احدهما فضلا خاليا مشروطا في العقد وهو الربا وان يبيع فلسا
بعينه بفلسين بغير عينها لا يجوز والا مسك البايع الفلس المعين وطالبه بفلس اخر او سلم الفلس المعين وقبضه بعينه منه
مع فلس اخر استحقاقه فلسين في ذمته فيرجع اليه عين ماله وبقي الفلس الاخر خاليا عن العوض وكذا لو باع فلسين باعيانها
بفلس بغير عينه لانه لو جاز لقبض المشتري الفلس ودفع اليه احدهما كان ما استوجب عليه وبقي الاخر فضلا لا عوض
استحق بعقد البيع وهذا على تقدير ان رضي بتسليم المبيع قبل قبض الثمن والرابع ان يبيع فلسا بعينه بفلسين بعينها فيجوز ظاهرا
لمحمد واصله ان الفلس بعين بالتعيين ما دام رايجا عند محمد وعندهما بتعين حتى لو هلك احدهما قبل القبض بطل العقد وجه قول
محمد ان التثنية تثبت باصطلاح الكل فلا يبطل باصطلاحهما واذا بقيت اقتضاء الاشتهار صار كما لو كانا بغير عينها وكبيع
الدرهم بالدرهمين ولهما ان تثنيتها في حقهما ثبتت باصطلاحهما اذ هو اية الغير عليهما فتبطل باصطلاحهما واذا بطلت
التثنية تعينت بالتعيين لصيرورتها عروضا اعترض عليه بان الفلوس اذا كسدت باصطلاح الكل لا يكون ثمنا باصطلاح
المتعاقدين فيجب ان لا تصير عروضا باصطلاح المتعاقدين مع اتفاق من سواهما على ثمنيتها اجيب بان الفلوس
في الاصل عروض فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد كان على خلاف الاصل فلا جوز ان تصير ثمنا باصطلاحهما لوقوع
اصطلاحهما على خلاف الاصل وخلاف الناس واما اذا اصطلحا على كونها عروضا فهو على الاصل يجوز وان كان من سواهما
على الثمنية وقوله ولا نقود وزنيا وان صارت عروضا جواب عما يقال يلزم ان لا يجوز بيع فلس بفلسين لانه
حينئذ بيع قطعة خاس بقطعتين بغير وزن فاجاب بان الاصطلاح كان على امرين الثمنية والعددية واصطلاحهما
على اهدار ثمنيتها لا يستلزم اهدار العددية فانه لا تلازم بين عدم الثمنية وعدم العددية بعد ثبوت الثمنية
مع عدم العددية كالنقدين والعددية مع عدم الثمنية كالجوز والبيض بخلاف الدرهم بالدرهمين لان النقود
للثمنية خلقة وبخلاف ما اذا لا نبا بغير عينها لانه بيع الحالي بالحالي وقد نهى عنه والاخفى ضعف قوله لان الجنس
بانفراده يحرم النساء انما يتم لو كان كون المبيع او الثمن بغير عينه يستلزم النسيئة وليس كذلك لانه يرى ان البيع
بالنقود بيع بما ليس بمعين ويكون مع ذلك حالا لكونه بغير عينه ليس معناه نسيئة وبخلاف ما اذا كانا معا بغير
عينه لان الجنس بانفراده يحرم النساء والحالي بالحالي قال ابو عبيد هو النسيئة بالنسيئة وفي الغايق لابن الدين
بالرفع كلا فهو كالي اذا تاخر قال الشاعر وعينه كالحالي الصابر لمحور لا يريد بعينه عطيته اكاظ
كالمناخر الذي لا يرجى ومنه كلا الدهر اكثره تاخير او كلات كلا ايا ما استنسان نسيئة وحرب
النبي عن الكالي بالكالي رواه ابن ابي شيبة واسحق ابن راهوية والبزار في مسانيدهم من حديث موسى ابن عبيدة عن عبد الله
ابن دينار عن ابن عمر قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يباع كالي بكالي وضعف احمد موسى ابن عبيدة فقيل له ان شعبة يروي
عنه فقال لو راى شعبة منه ما راينا منه لم يرو عنه ورواه عبد الرزاق عن ابراهيم عن اخي محمد الاسلمي عن عبد الله
بن دينار وضعف بالاسلمي ورواه الحاكم والدارقطني من موسى عن عمه عن نافع عن ابن عمر وصححه الحاكم على شرط مسلم وعللها
البيهقي وقال انما هو موسى ابن عبيدة الزبيدي ورواه الطبراني من حديث رافع ابن خديج في حديث طويل وعن كالي
بكالي والحديث لا ينزل عن الحسن بالاتك ويجوز بيع الحنطة بالدقيق وفيها بوجه من الوجوه وبالسويق

اي سويق الحنطة او السويق الشعير مجهول المقدار ان غاية ما يلزم شبهة التفاضل وحقيقته جائز مع الكراهة
موجود حقيقة لكن فضلا عن شبهته وانما امتنع كما في المجانسة بين الحنطة ودقيقها وان انتفت اسمه وصورة وهي ان العصور
من الحنطة من نحو الهريسة والمولوة واخراج النشاستج من الدقيق فهي باقية من وجه لانها من اجزاء الحنطة
وانما يقل اجزاؤها كان من اجزائها الحنطة كسرت عليها اجزاء صغارا وذلك لا ينفي المجانسة والمعيار
في كل من الحنطة والدقيق والسويق الكيل او الوجب التسوية بينهما لان يعارض ذلك التكسير صارت اجزاؤها
مكتنزة فيه اي في الكيل اي منضمة انضماما شديدا والتفاوت في الكيل ليس كذلك فلا يتحقق المساواة بينهما فيكيل هو محمل
فصار بيع احدهما بالآخر كيلا يتضمن الجزاف لذلك الاحتمال وهو مرة الربا انما كانت منتهية بالعلم بالمساواة الا فيما لا اعتبار له
مثل ان يتفق كبس في كيل هذه الحنطة لم يتفق قدر سواه في الاخرى فاذا لم يتحقق العلم بها صارت منتفية بالضرورة
فلا يجوز وان كان كيلا بكيل متساويا وقولنا قول الشافعي في الاظهر عنه وسفيان الثوري واحمد في رواية خلافا لمالك
واحمد في اظهر قوليه لان الدقيق نفس الحنطة فوقت اجزاؤها فاشبه بيع منطة صغيرة حبا بكبيرة حبا وما
ذكرناه من عروه من الجهل بالمساواة يعروه من الطحن بدفعه وبيع النخالة بالدقيق على هذا الخلاف الا ان الشافعي اجازه
لان النخالة ليست من اموال الربا بنفسها لانتظم وقولنا المعيار في الحنطة والدقيق الكيل لا يراد به الا فيما اذا بيع بجنسه
اما بالدراهم فيجوز بيع الحنطة وزنا بالدراهم وكذا الدقيق وغير ذلك ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا
كيلا وهو قول احمد وكذا استقراضه كيلا وسلم فيه كيلا ومنع الشافعي بيع الدقيق بالدقيق لانه لا يعتدل في الكيل
لانه ينكبس بالكبس فلا يتحقق التساوي في الكيل ونحن نمنع كونه لا يعلم بل يعلم وما يتوهم من التفاوت بالكبس يتوهم مثله
في كيل القمح وقد يسقط اعتباره وفي الذخيرة عن الامام الفضلي انما يجوز اذا كيلا اذا كانا مكبوسين وموحسن
ولو ظنا متساويا بان ضبب على الحال ونصب كيلا على التمييز وهو تمييز نسبة مثل تصبب عرقا والاصل متساويا كيله وفي بيع
الدقيق بالدقيق وزنا روايتان وفي الخلاصة لم يذكر غير رواية المنع فقال في جنس فروع الزرع والثمار واما بيع الدقيق
بالدقيق وزنا لا يجوز وفيها ايضا سواء كان احد الدقيقين احسن او ادق وكذا بيع النخالة بالدقيق وفي شرح ابي
يوسف بان كانت النخالة الخالصة اكثر من النخالة التي في الدقيق قال الصفار وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز ابي لا يجوز
بيع دقيق نوع من الحنطة او الشعير بسويق ذلك النوع عند ابي حنيفة متفاضلا ولا متساويا واما دقيق الحنطة بسويق
الشعير وعكسه فلا شك في جوازه وعندهما يجوز بيع الدقيق بالسويق متساويا ومتفاضلا لانهما اي دقيق الحنطة
وسويقها مثلا جنسان وان رجعا الى اصل واحد لاختلاف المقصود اختلافا كثيرا بعد التلي والطحن فان المقاصد
من الدقيق مثل ان يصنع خبزا او عصيدة او اطرية وهو شبه الرشتا يباتي من السويق كما ينبغي ان يقصد بالسويق وهو
ان يداف مع عسل ويشرب او يلت بسمن وعسل ويؤكل الاول من الدقيق واذا كانا جنسين جاز بيع احدهما بالآخر
متساويا ومتفاضلا وابو حنيفة يمنع انهما جنسان وله طريقان احدهما ان بيع الحنطة المقلية بالحنطة غير المقلية
لا يجوز اتفاقا وذلك ليس لاعتبار اتحاد الجنسية وعدم العلم بالتساوي مع مساواة الكيل لاعتبار احدهما فيه
دون الآخر والدقيق اجزاء غير المقلية والسويق اجزاء المقلية ولم يزد الدقيق على الحنطة الا بتكسير الطحن
وكذا الآخر وذلك لا يوجب اختلافا في الجنس بعد اتحاده والثاني وعليه اقتصر المصنف ان بيع الحنطة غير المقلية
بالسويق لا يجوز وكذا بيع الحنطة المقلية بالدقيق وليس ذلك الا لاستلزامه ربا الفضل وربا الفضل انما يثبت لاتحاد الجنس
فكانت المجانسة ثابتة بين السويق والحنطة والدقيق اجزاء الحنطة فتثبت المجانسة بين الدقيق والسويق
ثم منع العلم بالمساواة فيمنع البيع مطلقا قولهما اختلف المقاصد وذلك اختلاف الجنس قلنا اعظم المقاصد هما متحدان
فيه وهو التغذي ولا يبالي بعنوان بعضها الذي يهوون المقصد الاعظم بدليل الحكم باتحاد الجنس في الحنطة
المقلية وغير المقلية حتى امتنع بيع احدهما بالآخر كما ذكرناه بسبب اتحادهما في ذلك المقصود الاعظم مع قوان ما هو نه
من المقاصد فان المقلية لا تصلح للزراعة ولا للهريسة ولا تطحن فيتخذ منها خبز وكذا العلكة اي الحبوب السالمة

من السوس المنسوسة ومنه كذا في المحيط واذا اختلطا واختلفا في الجنس لا يجوز بيعها بالعلكة كيلا متساويا والمقلية
في غير المقلية وانما يجوز بالتحري كما ذكرنا من ان الكيل لا يستوفي بهما فاما بيع الحنطة المقلية بالمقلية فاختلفوا فقيل
يجوز اذا تساويا بالكيل وكرهه في الذخيرة وقيل لا وعليه عوامهم وفي المبسوط وجهه ان النار قد تاخذ في احدهما
اكثر من الآخر والاول اولى ومسوسة بكسر الواو كما نهاني سوست اي دخلت السوس فيها ويجوز
بيع اللحم اولا بشرط التعيين اما بالنسيئة فلا امتناع السلم في الحيوان واللحم وفصل محمد رحمه الله فقال ان باع
بلحم غير جنسه كلحم البقر بالشاة الحية ولحم الجزور بالبقرة الحية يجوز بيعا ما كان وان كان من جنسه كلحم
شاة بشاة حية فشرطه ان يكون اللحم الموزون اكثر من اللحم الذي في الشاة لئلا يكون لحم الشاة مقابلا بمثله من
اللحم وباقي اللحم بمقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك تحقق الربا اما لزيادة السقطان كانا للحم المعتد بها في
الحيوان من اللحم او لزيادة اللحم ان كان اللحم اقل مما في الشاة فصار كبيع الحال بالمهملة وهو هن السمسم بالسمسم
لا يجوز الا على ذلك الاعتبار والمراد بالسقط ما لا يطلق عليه اسم اللحم كالكرش والمعلاق والجلد والاكارع
ولو كانت الشاة مذبوحة مسلوخة جاز اذا تساويا اي وزنا بالاجماع والمراد بالمسلوخة المفصولة عن السقط
وان كانت بسقطها لا يجوز لانتفاء الاعتبار ولو باع شاة مذبوحة بشاة حية يجوز عند الكل اما عندهما
فظاهر لانه لو اشتراها باللحم جاز فكذلك اذا اشتراها بشاة مذبوحة واما على قول محمد فانما
يجوز لانه لحم بلحم وزيادة اللحم في احدهما مع سقط بازاء السقط وعلى هذا اثنان مذبوحتان غير مسلوختين
بشاة مذبوحة لم تسلخ يجوز لان اللحم مثله وزيادة لحم الشاة بازاء الجلد ونحوه فالمراد هنا من المسلوخة
وغيرها باعتبار الجلد وعدمه وقال مالك والشافعي واحمد رحمه الله لا يجوز بيع اللحم بالحيوان اصلا لاطريق الاعتبار
ولا لغيره خلافا للمزني من اصحاب الشافعي فانه قال بقول ابي حنيفة وابي يوسف ولو باعه بلحم غير جنسه
كلحم البقر بشاة فقال مالك واحمد يجوز وللشافعي قولان والاصح لا يصح لعموم نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع اللحم بالحيوان
وجه قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله في الاطلاق انه باع موزونا بما ليس بموزون فاشبه اتحاد
الجنس كما قال محمد باعتبار ما في الضن كالتصوير مع العنب واللبن مع السمن لكن اتحاده مع اختلاف المقدر وبه
انما يمتنع النساء فقلنا بشرط التعيين ولا يجوز النساء فيه وانما قلنا ان الحيوان ليس بموزون لانه لا يوزن عادة
وليس فيه احد الموزونين الوزن او الكيل لان الحيوان لا يعرف قدر ثقله بالوزن لانه يثقل نفسه
ويخفه ولا يدري بخلاف الدهن والسمسم لان الوزن يعرف قدر الدهن اذا ميز من التجير بخلاف وزن التجير
هذا على المنزل والا فهما كما قال غير المصنف يعتبران لحم الشاة مع الشاة الحية حتى ان اختلفا في قوله
تعالى فكسونا العظام لحما ثم انشاناه خلقا آخر اي بعد نفخ الروح فعلم ان الحي مع الجماد جنسان فيجوز احدهما
بالآخر من غير اعتبار وانما امتنع النساء لانه حينئذ سلم وهو لا يجوز كما قدمناه واعلم ان السمع ظاهر في منع
بيع اللحم بالحيوان ومنه ضعيف وقوي ممن القوي ما رواه مالك في الموطا وابو داود في المراسيل عن زيد بن اسلم
عن سعيد ابن المسيب ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع اللحم بالحيوان وفي لفظ نهى عن بيع الحي بالميت ومرسل
سعيد مقبول بالاتفاق وقال ابن خزيمة ثنا احمد ابن حفص السلمي حدثني ابراهيم ابن طهمان عن الحجاج ابن حجاج
عن قتادة عن الحسن عن سمرة نحوه قال البيهقي اسناده صحيح ومن ثبت سماع الحسن من سمرة عدها موصولة ومن لم
يثبته فهو مرسل جيد واعلم ان المرسل عندنا حجة مطلقا واسند الشافعي الى رجل مجهول من اهل المدينة
انه صلى الله عليه وسلم نهى ان تباع حتى تبيت واسند ايضا عن ابي بكر الصديق رضي الله عنه انه نهى عن بيع اللحم بالحيوان
وبسنده الى القاسم بن محمد وعروة ابن الزبير وابي بكر ابن عبد الرحمن انهم كرهوا ذلك وهؤلاء تابعون
وحديث ابي بكر رضي الله عنه لعله بالمعنى فان مشائخنا ذكروه عن ابن عباس رضي الله عنهما ان جزورا نحرت على عهد
رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاء اعرابي بعناق فقال اعطوني بهذا العناق لحما فقال ابو بكر رضي الله عنه لا يصلح هذا
وتاويله على انه كان من اهل الصدقة فحرم ليتصدق به ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل عند ابي حنيفة وقال
ابو يوسف ومحمد ومالك والشافعي واحمد رحمهم الله لا يجوز فقد نقوه ابو حنيفة بالعقول بالجواز واما الرطب بالرطب

يجوز عندنا لما سمعا لا للجماعة قوله صلى الله عليه وسلم ما رواه مالك عن [illegible] سفيان عن زيد ابن عياش عن سعيد ابن [illegible] وقاص انه سمع سعد ابن [illegible] يسأل عن البيضاء بالسلت فقال [illegible] قال فنهاه عن ذلك وقال اسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يسأل عن شراء التمر بالرطب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اينقص الرطب اذا جف قال نعم فنهاه عن ذلك فهذا حكم منه فيه علة وهو كونه ينقص في احد البدلين فالى الحال عن المساواه ومن طريق مالك رواه اصحاب السنن الاربعة وقال الترمذي حديث حسن صحيح وابي حنيفة رضي الله عنه ان الرطب تمر لقوله صلى الله عليه وسلم حين اهدى له رطب اوكل تمر خيبر هكذا فسماه اي سمى الرطب تمرا وهذا انما يتم اذا كان المهدى رطبا وليس كذلك بل كان تمرا اخرج البخاري في الصحيحين عن ابي سعيد الخدري وابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث اخا بني عدي الانصاري رضي الله عنه فاستعمله على خيبر فقدم بتمر جنيب فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم اكل تمر خيبر هكذا فقال لا والله يا رسول الله انا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين من الجمع فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تفعلوا ولكن مثلا بمثل او بيعوا هذا واشتروا بثمنه من هذا وكذلك الميزان ولفظ اخر انا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة فقال لا تفعل بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيبا والجمع اصناف بمجموعة من التمر وما ادعاه بعض الحنفيين فيمن حلف لا ياكل تمرا فاكل رطبا انه يحنث فليس كذلك بل المذهب انه لا يحنث لان مبناها على العرف وسنذكر تمامه ثم قال المصنف ولانه ان كان تمرا هذا اللفظ يحكى عن ابي حنيفة انه دخل بغداد وكانوا استدلوا عليه لهذه المخابرة فسألوه فقال الرطب اما ان يكون تمرا او لم يكن فان كان تمرا جاز العقد عليه لقوله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر وان لم يكن جاز لقوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم فاورد عليه الحديث فقال هذا الحديث دار على زيد ابن عياش وزيد ابن عياش ممن لا تقبل حديثه وايده المصنف بقوله ضعيف عند النقلة وغلط بعض الشارحين المصنف في قوله زيد ابن عياش بان المذكور في كتب الحديث زيد ابو عياش وتبع في ذلك الشيخ علاء الدين مغلطاي قال الامام الزيلعي المخرج رحمه الله ليس ذلك بصحيح قال صاحب التنقيح زيد ابن عياش ابو عياش الزرقي وقال المخزومي وتبعه مولى بني زهرة المدني ليس به باس وغير ما تحناذكروا ان ابا حنيفة انما قال هو مجهول وقد روى توثيقه بن كونه تمرا اولا بان هنا شيئا ثالثا وهو كونه من الجنس ولا يجوز بيعه بالاخر كالحنطة المغلية بغير المغلية لعدم تسوية الكيل بينهما فكذا الرطب بالتمر لا يسوي في حال اعتدال البدلين وهو ان يجف الاخر وابو حنيفة منع ويعتبر التساوي حال العقد وعروض النقص بعد ذلك لا يمنع مع المساواه في الحال اذ كان موجبه امرا خلقيا وهو زيادة الرطوبة بخلاف المغلية بغيرها فانها في الحال لحكم بعدم التساوي لاكتناز احدهما في الكيل بخلاف الاخر لمحمل كثير وردطعنه في ابن عياش ايضا بانه ثقة لما نقلنا انفا من قول صاحب التنقيح وايضا روى عنه مالك في الموطا وهو لا يروي عن رجل مجهول وقال المنذري ليت يكون مجهولا وقد روى عنه اثنان ثقتان عبد الله ابن يزيد مولى الاسود ابن سفيان وعمارة ابن ابي انس وهما ممن احتج بهما مسلم في صحيحه وقد ذكره ابن الجوزي في التحقيق قال الامام ابو حنيفة زيد ابو عياش مجهول فان كان هو لم يعرفه ائمة النقل ثم ذكر ما ذكرنا وقد اجيب ايضا بانه بتقدير صحة السند فالمراد النهي عنه نسيئة فانه ثبت في حديث ابي عياش هذا زيادة نسئة اخرجه ابو داود في سننه عن يحيى ابن ايوب الغافقي عن عبد الله ابن يزيد ان ابا عياش اخبره انه سمع سعد ابن ابي وقاص رضي الله عنه يقول نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الرطب بالتمر نسيئة وبهذا اللفظ رواه الحاكم وسكت عنه وكذا رواه الطحاوي في شرح الاثار وروى الدارقطني وقال اجتماع هؤلاء الاربعة على خلاف ما رواه ابن ابي كثير يدل على ضبطهم للحديث يريد بهم الاربعة مالكا واسمعيل بن امية والضحاك ابن عثمان واخر وان تعلم ان بعد صحة هذه الزيادة يجب قبولها ان المذهب المختار عند المحدثين قبول الزيادة وان كان الاكثر لم يروها الا في رواية تفرد بها بعض الرواة الحاضرين في مجلس واحد ومثلهم لا يغفل عن مثلها فانها مردودة على ما كتبناه في تحرير الاصول وما نحن فيه لم تثبت انه زيادة لما في مجلس واحد اجتمعوا فيه فسمع هذا ما لم يسمع الباقون ولكون له في ذلك المجلس ما يسمع فلم يظهر ان الحال كذلك فالاصل انه قاله في مجالس ذكر في بعضها ما تركه في اخر والله الموفق لكن بقي قوله في تلك

الرواية

[illegible] الاشتقاق [illegible] ان السائل كان ولي يتيم ولا دليل عليه

ابي حنيفة يجوز مع التساوي كيلا وعندهما لا يجوز وقوله والوجه ما بيناه يعني لهما في منع بيع الرطب بالتمر وقوله صلى الله عليه وسلم انينقص اذا جف باعتبار اشتماله على العلة المنبه عليها ولابي حنيفة ان الزبيب اما من حبلى العنب فيجوز متساويا بالاجماع مطلقا وقيل الفتوى في المغرب عن ابي جعفر ان جواز بيع الزبيب بالعنب قولهم جميعا وذكر ابو الحسن ان عندهما لا يجوز الا على الاعتبار وقال المصنف وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالحنطة المغلية بغير المغلية فانه لا يجوز البيع ان العلى الحابن بصنع العباد بعدم اللطافة التي بها كانت الحنطة مغلية بخلاف التفاوت الحاصل باصل الخلقة كالرطب مع التمر والعنب مع الزبيب لا يعتبر فهذا هو الاصل فصار في بيع العنب بالزبيب اربع روايات لا يجوز اتفاقا فجوزا اتفاقا وهي رواية ابي جعفر على الخلاف وهي رواية الكتاب يجوز عندهما لا يجوز الا على الاعتبار ان الزبيب موجود في العنب فصار كالزيت بالزيتون والفرق لابي حنيفة على رواية المنع بين العنب بالزبيب وجواز الرطب بالتمر للاستعمال ورد باطلاق اسم التمر على الرطب ولما روى مثل هذا في الزبيب فانفرقا واما الرطب بالرطب فيجوز متفاضلا كيلا وكذا العنب بالعنب يجوز عندنا وبه قال مالك واحمد والمزني خلافا للشافعي وكذا الخلاف في كل ثمرة لها حال اجتناف كالتين والمشمش والجوز والكمثرى والرمان والاجاص لا يجوز بيع رطبه بيابسه لانه لا يعرف قدر النقصان اذ قد يكون نقصان احدهما اكثر من الاخر وكذا الخلاف في الباقلا الاخضر بمثله لان بين الباقلا بين فصار تفاوت يمنع تعديل الكيل فكان كبيع الحنطة المغلية بغير المغلية وبيع الحنطة المبلولة والرطبة بالرطبة او المبلولة باليابسة يجوز وكذا بيع التمر المنقع والزبيب المنقع بالمنقع واليابس منهما يجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد في الفصول كلها من بيع الحنطة المبلولة لما هنا والمنقع اسم مفعول من انقع الزبيب في الكابية فهو منقع واصله ان محمدا يعتبر في اعدل الاحوال وهو المال عند الجفاف كما اشار اليه حديث سعد وذلك منتف في المبلولة والرطبة امع اليابسة فظاهر واما المبلولة مع المبلولة فالتفاوت يقع في قدر البلل وقال الحلواني الرواية محفوظة عن محمد ان بيع الحنطة المبلولة باليابسة انما لا يجوز اذا استحنت اما اذا ابلت من ساعتها يجوز بيعها باليابسة اذا تساويا كيلا وابو حنيفة وابو يوسف يعتبران المساواه بتاويل التساوي في الحال عملا باطلاق الحديث اي حديث سعد ابن ابي وقاص وغيره الا ان ابا يوسف ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لما روينا من حديث سعد ابن ابي وقاص وهو مخصوص من القياس فلا يجوز به الا ما كان في معناه والحنطة الرطبة ليست في معنى الرطب من كل وجه فالرطوبة في الرطب مقصودة وفي الحنطة عيب وفي المبسوط ذكر في بعض النسخ قول ابي يوسف مع ابي حنيفة وهو قوله الاخر وقوله الاول كقول محمد وقد تقدم ما تقدم من الاصل وهو ان التفاوت بصنع العباد معتبر في المنع وما اصل الخلقة لا يعتبر اي تنقص بالحنطة المبلولة فان الرطوبة الحاصلة فيها بصنع العباد وبها حصل التفاوت مع انه جاز العقد اجيب بان الحنطة في اصل الخلقة رطبة وهي حال الربا اذ ذاك والبلل بالماء بعيد هالما هو اصل الخلقة فيها فلم يعتبر كلاف القلي ووجه الفرق لمحمد من هذه الفصول من بيع الرطبة الحنطة المبلولة هنا حيث منعه ومن الرطب بالرطب حيث اجازه وكذلك بين العنب بالعنب فانه يجيزه وحاصله ان التفاوت اذا ظهر مع بقاء الاسم عند العقد وان ظهر بعد زوال الاسم عنها لا يفسد في الرطب بالرطب والعنب بالعنب يظهر التفاوت بعد خروج البدلين عن الاسم الذي عقد عليه العقد فان الاسم عند التمر والزبيب فلا يكون تفاوتا في المعقود عليه وفي الحنطة المبلولة وما في معناه لا يتغير فيظهر في نفس المعقود عليه فيمنع ولو باع اليبس بالتمر متساويا يجوز متفاضلا لا يجوز لان اليبس تمر بخلاف الكافر وهو بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء مصور الرجل المخدل وهو اول ما يدرك حيث يجوز بيعه باشاء من التمر اي قبل ان التمر جل من الكفري وقيل لانه ليس بتمر لان الكفري لم ينعقد بعد فيه صورة التمر وهذا الاسم اعني التمر له من اول ما يقابل في صورته لاكمله وبهذا استدل بعضهم لابي حنيفة في بيع الرطب

بالتمر نورد عليه انه لو حلف لا يأكل هذا التمر فطارت به الريح على بعد ولم يأكله لا يحنث والمسئلة مسطورة في الكتب المذهبية المشهورة ا هـ قلت وقد اورد عليه ايضا انه يحنث فيما اذا حلف لا يأكل هذا التمر نسيا ولم يكن به حاجة اليه اذ يكفيه ان الايمان مبنية على العرف ولا مشاحة فيه ومع هذا فذلك مطالبون بصحيح ان اسم التمر يلزم الخارج من بين شفتيه الى ان يطيب ثم يجف من اللغة ولا ينكر صحة الاطلاق باعتبار مجاز الاول وقوله والكفري عددي متفاوت الى آخره جواب سؤال هو انه اذا لم يكن الكفري تمرا ينبغي ان يجوز اسلام التمر فيه وسوّى التمر به لنسيئة فقال الكفري عددي متفاوت بالكبر والصغر تفاوتا غير معهود فلا يجوز الاسلام فيه ولا ان يشترى به نسيئة للجهالة فتقع المنازعة ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج معلوما انه اكثر مما في الزيتون والسمسم فلو جهل او علم انه اقل او مساو لا يجوز فلاحتمالات اربع والجواز في احدها فانه اذا كان اكثر كان الخارج منه مثله من الدهن المجرد والزائد منه مقابلة التجفيف وفي فتاوى قاضي خان رحمه الله انما يشترط ان يكون الخالص اكثر اذا كان الثقل في البدل الآخر بسبب قيمة اما اذا كان لا قيمة له كما في الرايب بعد اخراج السمن منه فيجوز مع مساواة الخارج للسمن المجرد ويرد ذلك عن ابي حنيفة وقال زفر يجوز مع عدم العلم لانه متردد بين الفساد والصحة فلا يثبت الفساد بالشك والاصل الصحة وقلنا الفساد غالب لانه على تقدير النقصان والمساواة والصحة على تقدير الاكثرية فكان هو الظاهر فوجب الحكم به وعند الشافعي لا يجوز هذا البيع اصلا لعدم العلم بالتفاضل وقت العقد واعلم ان المجانسة تكون باعتبار ما في العين فتمنع العينة كما في المجانسة العينية وذلك كالزيت مع الزيتون والشيرج مع السمسم وتكون باعتبار ما اضيف اليه فيختلف الجنس مع اتحاد الاصل حتى يجوز التفاضل بينهما كدهن البنفسج مع دهن الورد اصلهما واحد وهو الزيت او الشيرج فصارا جنسين باختلاف ما اضيف اليه من الورد والبنفسج نظرا الى اختلاف المقصود والغرض ولم يبال باتحاد الاصل وعلى هذا دهن الزهر في ديارنا ودهن البان اصلهما اللوز يطبخ بالزهر وبالجلاف مدة ثم يعصر اللوز فيخرج منه دهن مختلف الرائحة فيجوز بيع أحد الدهنين بالآخر متفاضلا وعلى هذا قالوا ولو ضم الى الاصل ما طيبه دون الآخر جاز متفاضلا حتى اجازوا بيع تفتير سمسم مطيب بتفتيرين غير مطيب وعلى هذا يجوز بيع رطل لوز مطيب برطل لوز غير مطيب وكذا يجوز بيع رطل دهن لوز مطيب بزهر النارنج برطلي دهن اللوز الخالص وكذا رطل زيت مطيب برطلين من زيت لم يطيب فجعلوا الرائحة التي فيها بازاء الزيادة على الرطل خلافا للشافعي فانه لا يجيز الدهن المطيب وغيره الا مثلا بمثل واورد انه ينبغي ان يجوز بيع السمسم بدهنه بأي وجه كان لان الدهن وزني والسمسم كيلي اجيب بانه لما كان المقصود من السمسم ما في ضمنه من الدهن فكان بيع الجنس بالجنس فان قيل فيجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا مرفا لكل منهما دهنه وتخبيره على خلاف جنسه اجيب بانه انما يكون عند الانفصال صورة لمسئلة الاكرار ولا صورة هنا منفصلة فقوله والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار يعني ان كان الدهن المجرد والسمن والدبس اكثر مما يخرج من الجوز واللبن والتمر جاز وقد علمت تقييده بما اذا كان الثقل له قيمة واظن ان لا قيمة لثقل الجوز الا ان يكون بيع بقشره فيوقر وكذا العنب لا قيمة لثقله فلا يشترط زيادة العصير على ما يخرج والله اعلم واختلفوا في القطن بزغله فبعضهم لا يجوز متساويا لان القطن ينقص بالحلج ومهر كالخطة مع الدقيق وقال بعضهم يجوز وفي فتاوى قاضي خان لا يجوز الا متساويا لان اصلهما واحد ولانهما موزونان وان خرجا واحدهما عن الوزن جاز متفاضلا وبيع الغزل بالثوب او القطن بالثوب جائز على كل حال وقال المصنف بالاجماع وعن محمد ان بيع القطن بالثوب لا يجوز متفاضلا وعنه انه لا يجوز مطلقا وهكذا عن ابي حنيفة ايضا ثم ذكر انه لا بأس ببيع المحلوج بالقطن والغزل بالقطن اذا كان يعلم ان الخالص اكثر مما في الآخر وهذا في المحلوج مع القطن ظاهر لان الفاصل حب القطن وهو مما ينتفع به وقد يعلف لبعض الدواب واما في الغزل فكانه ليكون الفاصل من القطن المغزول باز اصنعة الغزل فتقل الاجماع انما هو باعتبار الاغراض المحمولة على الاعيان دون الروايات ويجوز بيع اللحمان جميع لحم المختلفة بعضها ببعض متفاضلا ومراده لحم الابل والبقر والغنم لانها اجناس مختلفة لاختلاف اصولها ولم يحدث في الجنس الواحد منها زيادة تصيره جنسين فاما البقر والجواميس فجنس واحد لا يجوز بيع لحم البقر بلحم الجاموس متفاضلا وكذا المعز مع الضان والمراب والبخاتي لا يجوز بيع شيء منها بالآخر متفاضلا لاتحاد الجنس واما جاز بيع لحم الجنس الواحد

الطير بالدجاج والاوز بالحمام يجوز في عادة وبيان بعض تفاصيله في قوله ومراده في آخره يحترز به عن قول مالك فان عنده اللحوم كلها جنس واحد باعتبار الطيور جنس والدواب اهليها ووحشيها جنس واحد والمجريات وكذا البان البقر والغنم يجوز متفاضلا لما ذكرنا من اختلاف الجنسين باختلاف الاصلين وعن الشافعي ان اللحوم والالبان جنس واحد لاتحاد المقصود من الكل وهو التغذي وهذا قول للشافعي غير المختار والصحيح من قوله انه مثل قولنا ثم رفع هذا القول بان اصولها تختلف الاجناس فكذا اجزاؤها اذا لم تتبدل بالصنعة فانها حينئذ تعد اجناسا ولهذا جاز بيع الخبز بالدقيق والسويق متفاضلا ويجوز فضل التمر بخل العنب متفاضلا وكذا عصير هما لاختلاف اصلهما وتخصيص الرقل وهو ردي التمر باعتبار العادة لان الرقل هو الذي كان في العادة يتخذ خلا واما الشعير المعد وصوف الغنم فجنسان لاختلاف المقاصد كخلاف لحمهما ولبنهما فجعل جنسا واحدا كما ذكرنا لاتحاد الجنس مع عدم الاختلاف فان ما يقصد بالشعير من الالات غير ما يقصد بالصوف فصار كاختلاف الامور المتفرعة على شيء واحد باختلاف الاصول واختلاف المقاصد وزيادة الصنعة فان قيل بالنظر الى اتحاد الاصل في الصوف والشعر لا يجوز بيعهما متفاضلا وزنا بالنظر الى المقاصد اختلف فيجوز متفاضلا فينبغي ان لا يجوز متفاضلا تغليبا للحرمة فالجواب ان ذلك عند تعارض دليلهما وتساويهما فترجح المحرم وهنا ليس كذلك فانه لا تساوي الصورة المعنى والرسم يلغى بتغليب جانب المعنى كون لبان البقر والغنم جنسا واحدا لاتحاد المقصود واجيب بمنع اتحاد فان لبن البقر يقصد للسمن ولبن الابل لا يبالى منه ذلك وكذا الاغراض للاكل تتفاوت فان بعض الناس لا يطيب له البقر ويتضرر به دون الضان وكذا في الابل ومن الاختلاف بالصفة ما قدمنا من جواز بيع انائي ذهب او حريد احدهما افضل من الآخر ولذا قمقمة بقمقمتين وابرة بابرتين وحمولة بحمولتين وسيف بسيفين وداوة بداوتين مما لا يخفى شيء من ذلك من احد النقدين فيمتنع التفاضل وان اصطلحوا بعد الصياغة على ترك الوزن والاقتصار على العد والصورة ويجوز بيع لحم البطن بالالية او باللحم واللحم بالالية متفاضلا لانها اجناس لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا والماسخ الجنب ونحوه فتابع للحم وهو مع لحم البطن والالية جنسان وكذلك لا يجوز نسيئة لان الوزن جمعهما واما الروس والاكارع والجلود فيجوز ابراءيد فيما كان نسيئة لانه لم يضبط بالوصف حتى ان السلم فيه لا يجوز ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا يدا بيد قيل وهو ظاهر مذهب علمائنا الثلاثة لان الخبز صار اما عدديا في عرف او موزونا في عرف آخر فخرج من ان يكون مكيلا من كل وجه والحنطة مكيل فيفرض كون الجنسين جمعتهما اختلف المقدر فجاز التفاضل فالدقيق اما كيلي فكذلك او وزني شيء ما عليه عرف بلادنا ومن جعله وزنيا لم تثبت الجنسية بينه وبين الخبز فيجوز التفاضل ايضا وروي عن ابي حنيفة انه آخر فيه وهذه العبارة تنبئ الجواز بطريق التأكيد للنكرة في النفي وبهذا التعليل قال الثاني في واحد لشبهة المجانسة اذ في الخبز اجزاء الدقيق اذ ان الدقيق بعرض ان يصير خبزا فاشترط المساواة ولا يدري ذلك والفتوى على الاول وهو الجواز وهو اختيار المتأخرين عددا او وزنا ايّ ما اصطلحوا عليه وهذا اذا كانا في تقدير فاما بيعهما نسيئة فان كانت الحنطة نسيئة او الدقيق اذا اسلم الخبز فيهما فوقعه فقد اجازا ايضا وان كان الخبز نسيئة بان اسلم حنطة او دقيقا في خبز لم يجز عند ابي حنيفة لانه لا يوقف على حده لانه يتفاوت في الصنعة عجنا وخبزا وكذا عند محمد لانه عددي عنده ويكون منه الثقيل والخفيف ويجوز عند ابي يوسف لانه وزني ويجوز بشرط الوزن ان كان العرف فيه العدد والنضج وحسن المجس وصفا مضبوطا نوعيها وحضور ذلك القدر عينه من المجلس والتاريخ مهدروا ختاره المشايخ للفتوى اذا في شرايطه لحاجة الناس الى ان يجد ان يحتاط وقت القبض حتى يقبض من المجلس الذي يسمي حتى لا يصير اسيد الا المسلم فيه قبل قبضه اذا قبض مجزوما هو دون ما سمي صنعة واذا كان كذلك فالاحتياط في منعه لانه قل ان يقع الا حقر من النوع المسمى خصوصا فيمن يقبض المسلم فيه في ايام متعددة كل يوم كرا او غيرها فقل ان لا يصير مستبدا ولا خير في استقراض الخبز عندنا وعند ابي حنيفة عددا او وزنا لانه يتفاوت بالخبز والنضج والنور باعتبار كونه حديدا او عتيقا والتقديم في النور والتأخير فيه وتتفاوت جودة خبزه بذلك واذا منع ابو حنيفة السلم فيه وباب السلم فيه باب واسع حتى جاز في الثياب ولا يجوز استقراضها فهو لا استقراضه امنع وعند محمد رحمه الله يجوز بهما اي عددا ووزنا للتعامل بين الجيران بذلك والحاجة اذ قد تدعو الى ذلك بين غير الجيران وعند ابي يوسف يجوز

وزنا لعدم التفاوت فيما قاله ومحمد يقول [illegible] يوسف وابي [illegible] محمد احتج
[illegible] المولى وعبده المأذون غير المديون لانه وحانوته يده لمولاه فلا يتحقق الربا لعدم تحقق البيع وكذا الحر وابن
الولد فان كان عليه دين لا يجوز البيع بطريق الربا اما عند ابي حنيفة فلعدم ملكه لما في يد عبده المأذون المديون
فهو اجنبي عنه فيتحقق الربا بينهما وعندهما لم يزل ملكه عما في يده لكن تعلق غرماء في يده حق الغرماء فصار المولى كالاجنبي
عنه فيتحقق الربا بينهما كما تحقق بينه وبين مكاتبه وفي المبسوط ذكر انه لا يتحقق الربا بينهما مطلقا ولكن على المولى
ان يرد ما اخذه على العبد لان كسبه مشغول بحق غرمائه فلا يسلم له ما لم يفرغ من دينه كما لو اخذه لا بجهة البيع سواء
كان اشتري منه درهما بدرهمين او اختلاف المكانين كانه صارف الحر بدا ونصرفا في كسبه فيجري الربا بينهما
وابن المسلم والحربي في دار الحربي خلافا لابي يوسف والشافعي ومالك واحمد وعلى هذا الخلاف الربا بين المسلم الاصلي
والمسلم الذي اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا فلو باع مسلم دخل اليهم مستأمنا درهما بدرهمين حل وكذا اذا باع منهم منه
او خنزيرا او قامرهم واخذ المال يحل كل ذلك عندابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف ومن ذكرنا لهم الطلاق النصوص وانهم لم
تقيد المنع بمكان دون مكان والقياس على المستأمن منهم في دارنا فان الربا يجري بين المسلمين وبينه فكذا الداخل
منا اليهم بامان ولابي حنيفة ومحمد ما روي انه صلى الله عليه وسلم قال لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب وهذا الحديث
غريب ونقل ما روي مكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ذلك قال الشافعي قال ابو يوسف انما قال ابو حنيفة هذا لان
بعض المشيخة حدثنا عن مكحول عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا ربا بين اهل الحرب اظنه قال واهل الاسلام قال الشافعي
وهذا حديث ليس بثابت ولا حجة فيه اسنده عنه البيهقي قال في المبسوط هذا مرسل ومكحول تابعي والمرسل من مثله مقبول
ولان ابا بكر قبل الهجرة حين انزل الله تعالى الم غلبت الروم الاية قال له قريش نزعون ان الروم تغلب قال نعم فقالوا
هل لك ان نخاطرنا فخاطرهم فاخبر النبي صلى الله عليه وسلم فقال النبي صلى الله عليه وسلم اذهب اليهم وزد في الخطر ففعل فغلبت
الروم فارسا فاخذ ابو بكر خطرهم فاجازه النبي صلى الله عليه وسلم وهو القمار بعينه بين ابي بكر ومشركي مكة وكان بمكة
دار شرك ولان مالهم مباح واطلاق النصوص في مال محظور وانما يحرم على المسلم اذا كان بطريق الغدر فاما الربا فاخذ غدرا
فبأي طريق يأخذه حل بعد كونه برضى خلاف المستأمن منهم عندنا لان ماله صار محظورا بالامان فاذا اخذه بغير الطريق
المشروعة يكون غدرا وخلاف الزنا ان فيه على الربا لان البضع لا يستباح بالاباحة بل بالطريق الخاص اما المال
فيباح بطيب النفس به واباحته وهذا لا يفيد لمعارضة اطلاق النصوص الابعد ثبوت حجية حديث مكحول
وقد يقال لو سلم حجيته فالزيادة تخبر الواحد لا تجوز اثبات قيد زايد على المطلق من نحو لا تاكلوا الربا ونحوه
هو الزيادة فلا تجوز ويدفع بالقطع بان المطلقات مراد بعمالها المال المحظور لحق مالكه ومال الحربي ليس محظورا لانتفاء
الغدر فجاز وهذا التقرير في التحقيق يقتضي انه لو لم يرد خبر مكحول اجازه النظر المذكور اعني كون ماله مباحا الا لما
يلزم الغدر الا انه لا يخفى انه انما يقتضي حل مباشرة العقد اذا كان الزيادة بنا لها المسلم والربوا اعم من ذلك اذ
يشمل ما كان الدرهمان من جهة المسلم ومن جهة الكافر وجواب المسئلة بالحل عام في الوجهين ولكنا القمار قد يقضي
الى ان يكون مال الحظر للكافر بان يكون الغلب له فالظاهر ان الاباحة بتقييد نيل المسلم الزيادة وقد الزم
الاصحاب في الدرس ان مرادهم من حل الربا والقمار ما اذا صلت الزيادة للمسلم نظرا الى العلة وان كان الطلاق الجواب
كذلك والله سبحانه اعلم بالصواب

باب الحقوق

محل هذا الباب عقيب كتاب البيوع قبل الخيار وان اشترى منزلا فوقه منزل حامل ما هنا ان الاساسات البيت والمنزل والدار فالبيت اصغرها وهو اسم
لمسقف واحد وجعل البيات فيه فمنهم من يقتصر على هذا ومنهم من يزيد له دهليزا وايوانا وفناء ان علوه لا يدخل في بيعه
يعني اذا باع البيت لا يدخل العلو وان قال بحقوقه وكل قليل وكثير ما لم يذكر اسم العلو صريحا لان العلو مشتمل في انه مستقف
بيات فيه والفناء لا يشتمل مثله بل ما هو اداني منه واورد المستعير له ان يعير ما لا يختلف باختلاف المستعمل والمكاتب
يكاتب عبده فاجيب بان ذلك ليس بطريق الاستتباع لما ملك المستعير المنفعة بتعيير بدل كان له ان يملك ما ملك
كذلك والمكاتب بعقد الكتابة لما صار احق بكسبه كان له ذلك لان كتابته عبده من اكتسابه والمنزل فوق البيت

[illegible] موضع قضاء الحاجة فيأتي فيه
السفي [illegible] فلشبهة بالدار يدخل في بيعه تبعا عند ذكر التوابع غير متوقف على التنصيص عليه باسمه الخاص وهو ان يشتري
بكل قليل وكثير هو له فيه او منه او بكل حق له او بمرافقه ولشبهة بالبيت لا يدخل بلا ذكر زيادة والدار اسم لساحة
اديرت على الحذوه وتشتمل على بيوت واصطبل ومحش غير مسقف وعلو فيجمع فيما بين المحش للاستراح ومنافع البنية
للاسكان وما فرق بين كون الابنية بالقراب والقباب او بالخيام والقباب والعلو من توابع الاصل واجزايه فيدخل فيه
بلا ذكر زيادة على بيع الدار وكذا يدخل الكنيف الشارع والكنيف هو المستراح اما الطاقه وهي الساباط الذي يكون
احد طرفيه على الدار والآخر على دار اخرى او على اسطوانات في السكة ومفتحه في الدار المبيعة فعند ابي حنيفة
لا تدخل في بيع الدار ما لم يقل بما ذكرنا من قوله بكل حق هو لها او مرافقها او بكل قليل وكثير هو فيها او منها لانه الى الطلة
بتأويل الساباط مبني على هوا الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مفتحه في الدار يدخل بلا ذكر زيادة وان مفتحها
اذا كان في الدار كانت تبعا للدار كالكنيف الشارع هذا في عرفهم اي يعرف اهل الكوفة اما في عرفنا يدخل العلو من غير
ذكر في الفصول كلها سواء كان المبيع بيتا فوقه علوا ومنزلا كذلك لان كل مسكن يسمى فانه في بلاد العجم فله علو سواء كان
صغيرا كالبيت او غيره الا دار السلطان تنبي بسراي ومن اشترى بيتا في دار او منزلا فيها او مسكنا فيها لم يكن له الطريق
في هذه الدار لجواز ذلك المشتري الان يشتريه بكل حق او مرافقه او بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل لانه خارج الحدود
الا انه من التوابع فيدخل بذكر التوابع وفي المحيط المراد الطريق الخاص في ملك انسان فاما طريق العامة كالجادة
الطريق العام فيدخل وكذا ما كان له من حق تسييل الماء والمجاز الشائع في ملك انسان خاصة وقال فخر الاسلام وان كان
طريق الدار المبيعة او مسيل مائها في دار اخرى لا يدخل من غير ذكر الحقوق لانه من لبس هذه الدار فلا يدخل الا بذكر
الحقوق الا ان نقول بقوله لانه ليس من هذه الدار يقتضي ان الطريق الذي في هذه الدار يدخل وهو غير ما في الكتاب
دار في هذه الدار فلم يشتر جميع هذه الدار انما اشترى بناء معينا منها فلا يدخل ملك البايع او ملك الاجنبي الا بذكره
ثم قال ان كان قال البايع ليس للدار المبيعة طريق في دار اخرى فالمشتري لا يستحق الطريق بغير حجة ولكن له ان يرد بها
بالعيب وذلك لو كانت جذوع فالحق ان كلا منهما لا يدخل الا به وان كان اخرى على الدار المبيعة فان كانت للبايع يرد
برفعها وان كانت لغيره كان بمنزلة العيب وكذا لو ظهر في الدار المبيعة طريق لدار اخرى او مسيل ما فان كانت تلك
الدار للبايع فلا طريق له في الدار المبيعة لانه باعها من غير استثناء وان كانت لغير البايع كان بمنزلة العيب وقوله
بخلاف الاجارة متصل بقوله لم يكن له الطريق يعني في الاجارة تدخل الطريق والشرب والمسيل لان المقصود من الانتفاع
هو الانتفاع بغير عين هذه الاشياء والبيع ليس كذلك فان المقصود في الاصل منه ملك الرقبة لا الانتفاع بعينها
عينا بل اما للتملك او ليتجر فيها او باحد نقضا فلم تتعين غاية للبيع فلا يلزم ولهذا جاز بيع الحمش كما ولد وان لم ينتفع
به في الحال وكذا الارض المسبخة وان لم تصح اجارة ذلك وفي الكافي ولهذا لو استأجر علوا واستثنى الطريق فسدت
الاجارة كلا نصفها لو اشترى علوا واستثنى الطريق صح ولو استحق العلو لم تجز البيع صح لان القضاء بالاستحقاق
لا يوجب انفساخ البيوع الماضية في ظاهر الرواية وما نبي لصاحب ساحة العلو من الثمن لانه مقابلة المبيع والبيع
البناء الساحة لان حقه في الهواء فان قيل ما ذكرتم يشكل بالقسمة في دار بين رجلين وصار صفة فاصابت وبابه
في الصفة ومسيل ماظهر البيت على ظهر الصفة فاقتسما واصاب الصفة احدهما وقطعه من الساحة ولم يذكروا
طريقا ولا مسيلا وصاحب البيت لا يستطيع ان يفتح بابه فيما اصابه من الساحة ولا بد ان يسيل ماءه في ذلك مع
فاسدة مع قياس ما ذكرتم في الاجارة وينبغي ان يدخل الطريق والمسيل وان لم يذكر الحقوق تخريجا لجواز القسمة كما
ادخلتموها تخريجا لجواز الاجارة اجيب بان الفرق بينهما ان موضع الشرب ليس مما تناوله الاجارة وانما يتوصل
بها الى الانتفاع والانتفاع اما هنا فهو الموصل الى القسمة لانها مفاداة فلا يدخل في ملك المشترك فموضع القسمة
لاختصاص كل منهما بما هو نصيبه فلو اثبتنا لاحدهما حقا في نصيب الآخر تضرر به الآخر ولا يجوز الا ضرار دون رضاه

والتسبيل فيما اصابه ليس له ذلك بل يتطرق ويسيل فيما اصابه فطولب بالطرق والعرض [illegible] لبيع ايجاد الملك من
العدم لقصد الانتفاع به وان لم يلزم فيه ذلك فاشتراطه يتم مطلقا والمقصود بالقسمة تمييز الملك الثابت لهما
لكل منهما لينتفع به على الخصوص بحيث لا يشركه فيه احد اذا لم يرد ذلك الخصوص لم تكن حاجة الى القسمة وانما
يتم هذا اذا لم يدخل الطريق والمسيل فلا بد خلل ان الا برضى صريح ولا يكفي فيه ذكر الحقوق والمرافق والله اعلم

باب الاستحقاق

حق هذا الباب ان يذكر بعد تمام ابواب البيع لانه ظهور عدم الصحة بعد التمام ظاهرا ولكن لما ناسب الحقوق لفظا ومعنى ذكر عقيبه

ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل فان كان ببينة استحق ولدها معها وان كان ولا بينة له حق جميع الناس غير مقتصر على المقضي
لا يستحق الولد بذلك ووجه الفرق ان البينة حجة مطلقة اي ثابتة في حق جميع الناس غير مقتصر على المقضي
عليه فانها كما سمها مبينة لما كان ثابتا في نفس الامر قبل الشهادة به لان الشهود انما يتمكنون من اثبات ملك في الحال
لم يكن ثابتا في الاصل والماضي وانما تظهر البينة ما كان ثابتا في الاصل والماضي وانما تظهر البينة ما كان ثابتا
قبله قبلية لا تقف عند حد معين ولهذا ترجع الباعة بعضهم على بعض فيما اذا اشترى واحد من آخر واشترى من الآخر
وهكذا ثم ظهر الاستحقاق بقضاء البينة لانه ثبت قضاء على الكل ولا تسمع دعوى احدهم انه ملكه لان الكل صاروا
مقضيا عليهم بالقضاء على المشتري الاخير ولو ادعت في يد الاخير انها حرة الاصل حيث يرجعون فالولد كان متصلا
بها في الزمان الذي يشهد عليه اظهار البينة الملك فيكون له اما الاقرار فحجة قاصرة على المقر حتى لا سعاية
في عين لانه لا ولاية له على غيره ولهذا لا يرجع المشتري على البائع بالثمن في الاستحقاق بالاقرار وانما جعل حجة
لضرورة تصحيح خبره وذلك يحصل باثباته في الحال والولد في الحال منفصل عنها والاقرار انما هو بها فقط فلا يتعدى
اليه وهذا التوجيه يقتضي انه لو ادعاه المقر له لا يكون له وذكر الثمرتاشي انه انما لم يكن للمقر له اذا لم يدعه
فلو ادعاه كان له لان الظاهر انه له واذا قلنا ان الولد للمستحق بالبينة فقضى القاضي بالام هل يدخل في القضاء
فيصير هو ايضا مقضيا به قيل نعم تبعا وقيل لا بل يشترط القضاء بالولد ايضا لانه اصل
يوم القضاء انفصاله واستقلاله ولا بد من الحكم به وهو الاصح من المذهب قال المصنف والبه تشير المسايل التي
ذكرها محمد رحمه الله فان محمدا قال اذا قضى القاضي باصل ولم يعلم الزوايد تحت الحكم ولذا اذا كانت الزوايد
في يد غايب لم يدخل فحيث لم يدخل القضاء على الغايب في حق القضاء على الحاضر وهو امر جايز عرف انه يشترط
القضاء بالولد بخصوصه ثم ذكر في النهاية ان قضاء القاضي على المشتري لا يوجب انفساخ العقد الذي
بينه وبين البايع ولكن يوجب توقفه على اجازة المستحق وتبعه الجماعة فاعترضه شارح بان غاية ما في
الباب ان يكون بيع فضولي يعني بايع المشتري الذي قضي عليه بالاستحقاق وفيه اذا وجد عدم الرضى بفسخ
العقد واثبات الاستحقاق دليل عدم الرضى يعني الموقوف والمفسوخ لا يلحقه الاجازة واستوضح بما في
الفتاوى الصغرى اشترى شيأ ثم استحق من يده ثم وصل الى المشتري يوما ما بمرأى المستحق يجعل مقرا بالملك للبايع لكن تمقتضى الشرط الاستحقاق فيفسخ الاقرار ثم قال لو جرى بين المشتري
عبد اقر انه سلك البايع ثم استحق من يد المشتري ورجع بالثمن على البايع ثم وصل اليه يوما بمرأى المستحق
الى البايع لان اقراره بالملك له لم يبطل ونقل عن شرح قسمة خواهر زاده انتهى وما ذكره صاحب النهاية هو
المتصور وقوله اثبات الاستحقاق دليل عدم الرضى اراد دليل عدم الرضى بالبيع فليس بلازم لانه يجوز ان يكون
دليل عدم الرضى بان يذهب من يده مجانا وذلك لانه لو لم يدع الاستحقاق وبقيته استمر في يد المشتري
من غير ان يحصل له عين ولا بدل فاثباته ليحصل احدهما اما العين او البدل بان يجيز ذلك البيع ويصل الثمن اليه
فظهر ان اثبات الاستحقاق ليس ملزوما لعدم الرضى بالبيع بل الحق انه ملزوم لعدم الرضا بذهابه ودفعا
بدله عنه واما ما استوضح به من الفتاوى الصغرى فليس مفيدا له لان المذكور فيها استحق من يده ثم وصل اليه

ومعنى

فان هذا من مجرد اثبات الاستحقاق والقضاء به حتى ظهر تلك والله سبحانه هو الفتاح الجواد لا اله غيره وقد مر جوا
الاخيرة وفي الذخيرة ما يجب اعتباره في فصل الاستحقاق ان استحقاق المبيع يوجب توقف العقد السابق
على اجازة المستحق وهو يوجبه نقضه في ظاهر الرواية انتهى واعلم ان المعقود عليه ان البيع متى انفسخ اقول قبل اذا
قبض المستحق وقبل نفس القضاء والصحيح انه لا ينفسخ ما لم يرجع المشتري على بايعه بالثمن حتى لو اجاز المستحق
بعدما قضى له او بعدما قبضه قبل ان يرجع المشتري على بايعه يصح وقال بعض الائمة الحلواني الصحيح من مذهب
اصحابنا ان القضاء للمستحق لا يكون فسخا للبياعات ما لم يرجع كل على بايعه بالقضاء وفي الزيادات روي عن ابي
حنيفة انه لا ينتقض ما لم يأخذ العين حكم التلفي وفي ظاهر الرواية لا ينفسخ ما لم يفسخ وهو الاصح انتهى ومعنى هذا
ان تراضيا على الفسخ لانه ذكر فيها ايضا اذا استحق المشتري فاراد المشتري نقض البيع من غير قضاء وارض البايع ليس له
ذلك لانه احتمال قائمة البينة على الناس من البايع او على تلقي الملك من المستحق ثابت الا اذا اقتضى القاضي يلزم
العجز فينفسخ انتهى يعني يلزم العجز عن اثبات ذلك او المراد ان ينفسخ المستحق فانه هو المالك نعم استشكل في انه
لو قضى اثنان عدم رجوع المشتري بعد ان قضى للمستحق واخذ المبيع كما استمر غير مخبر انه ينفسخ فان سكوته
بعد الاخذ عن الاجازة قدر ما يمكن فيه من الاجازة ولم يجد ليل ظاهر في عدم رضاه بالبيع

ومن اشترى عبدا او اشترى انسانا فقال له اشتريتني فاني عبد فاذا هو حر ان ظهر انه حر ببينة اقامها فان كان البايع
حاضرا او غايبا ببينة معروفة اي يدري مكانه لا يرجع على العبد بشيء من الثمن الذي قبضه بايعه للتمكن
من الرجوع على القابض وان كان البايع لا يدري اين هو رجع المشتري على العبد بما دفع البايع من الثمن ورجع
العبد على بايعه بما رجع المشتري به عليه ان قدر وانما يرجع العبد على البايع مع انه لم يأمره بالضمان عنه لانه
ادى دينه وهو مضطر في اداءه بخلاف من ادى عن آخر دينا اوصاه عليه بغير امره وليس مضطرا فيه فانه
لا يرجع به والتقييد بالعبد بين لانه لو قال انا عبد وقت البيع ولم يأمره بشرائه او قال اشتريني ولم يقل فاني
عبد لا يرجع عليه بشيء ولو ارتهن عبد امن ابا لوق فظهر حرا وقد كان قال له ارتهني فاني عبد الراهن لا يرجع
عليه اي على العبد على كل حال اي سواء كان الراهن حاضرا او غايبا يعرف مكانه او لا يعرف وهذا ظاهر الرواية عنهم وعن
ابي يوسف انه لا يرجع فيهما اي في البيع والرهن لان الرجوع بالمعاوضة وهي المبايعة هنا او بالضمان ولكن واحد
منهما ثابتا هنا بل الثابت ليس الا مجرد الاخبار كما في بائع فضار كما لو قال اجنبي لشخص ذلك وكقول العبد ارتهني فاني
عبده وهي المسئلة المذكورة ثانيا ولهما ان المشتري شرع في الشراء معتمدا على امره والمرتهن فكان مغرورا
من جهته والغرور من المعاوضات التي تقتضي سلامة العوض بحيث يسري الضمان دفعا للغرور بقدر الامكان
فكان يتقرر به ضامنا لدرك الثمن له عند تعذر رجوعه على البايع والتعذر الا فيما لا يعرف فانه كالمرسل
اذا قال لاهل السوق بايعوا عبدي فاني قد اذنت له ففعلوا ثم ظهر استحقاق العبد فانهم يرجعون على المرسل
بقيمة العبد ويجعل المرسل بذلك ضامنا لدرك ما وايه عليه دفعا للغرور عن الناس بخلاف الرهن فانه ليس عقد
معاوضة بل عقد توثيق لاستيفاء عين حقه حتى جاز الرهن ببدل الصرف والسلم فيه فلو هلك يهلك امانة ولو
كان معاوضة كان استبدالا بالسلم فيه قبل قبضه وهو حرام وانما لم يكن عقد معاوضة لانه جعل الامر به عفوا
لانه ليس تحريرا في عقد معاوضة ولهذا قالوا لو قال رجل لآخر قد سألته عن هذا الطريق فقال اسلكه فانه
آمن فسلكه فنهب ماله لا يضمن وكذا لو قال كل هذا الطعام فانه ليس تسليما مرفقا له فمات عيرانه يستحق
عندا لا عندا لا يطاق وبخلاف الاجنبي لانه لا يجوز بقوله فالرجل هو الذي اغتر قال المصنف ثم في وضع
المسئلة ضرب اشكال على قول ابي حنيفة لان الدعوى اي دعوى الحرية شرط في التقابض بينهما والدعوى
لا تصح من هذا العبد للتناقض فان دعواه الحرية تناقض تصريح برقه فاجيب من جهة بعض المشايخ بان هذا
الدعوى ان كانت حرية الاصل فالدعوى ليست بشرط عنده كتوليها وفي دعوى الحرية مطلقا لتضمنه تحريم

فرع اقام [illegible] ذكر انه اشتراها [illegible] لم يقبل لان الشهود يحتاجون الى شهادتهم [illegible] الدعوى [illegible]
كانه عتق الامة حتى ان الشهود يحتاجون الى شهادتهم [illegible] واذا لم يحتج الى الدعوى لا يضر التناقض فيها وقبل فوات الدعوى شرط مطلقا في حرية الاصل ودعوى الاعتاق في الكافي والصحيح ان دعوى العبد شرط عندنا خلافا لابي حنيفة في حرية الاصل والعتق العارض لكن التناقض في دعوى الحرية لا يمنع صحة الدعوى بها اما في حرية الاصل فلحفا حال العلوق فانه يسبق مرامه او بعدها واما العلم بحريتها وقتها حال العلوق فيقر بالرق ثم تظهر له حرية امه فيدعي الحرية واما في الاعتاق العارض فلان المولى يتقيد به واعلم العبد فيقر بالرق ثم يدعيه والتناقض في دعوى ما فيه غنا يوزر فيه وصار كالمختلعة تقيم البينة على تطليق الزوج اياها ثلاثا قبل اختلاعها تقبل وكذا المكاتب فيما يرجع الى الاعتاق قبل الكتابة تقبل مع ان اقتضاءها على سوال الخلع والكتابة اقرار بقيام العصمة والرق ولم يضرها التناقض لكن افترق الزوج والمكاتب بدل الخلع ومال الكتابة وذكر هنا مسئلة الجامع الكبير وهي اصل في الاستحقاق وهي رجل اشترى من آخر ثوبا فقطع قميصا وخاطه ثم جاء مستحق قال هذا القميص لي واثبته بالبينة فالمشتري لا يرجع بالثمن على البائع لان الاستحقاق ما ورد على ملك البائع لانه لو كان ملكه في الاصل انقطع بالقطع والخياطة كمن غصب ثوبا فقطعه وخاطه ينتقل ملك المغصوب منه الثوب الى الضمان فالاصل ان الاستحقاق اذا ورد على ملك البائع الحادث من الاصل يرجع عليه وان ورد على المشتري بعد ما صار ملكا له حال لو كان غصبا ملكه به لا يرجع على البائع لانه متيقن الكذب ولهذا لو اشترى ثوبا منذ شهرين فاقام رجل بينة انها له منذ شهر يقضى بها له ولا يرجع هو على بائعه وعرفان المعنى ان يستحقه باسم القميص لو كان اقام البينة انه كان له قبل هذه الصنعة رجع المشتري بالثمن وعلى هذا الجواب اذا اشترى صنعة فطبخ ثم استحق الدقيق لو قال كانت قبل الطحن يرجع وكذا اذا اشترى لحما فشواه ولو اشترى شاة فذبحها وسلخها فاقام البينة اخذ انا لرأس والاطراف واللحم والجلد له فقضى بها رجع المشتري على بائعه لان هذا استحقاق عن الشاة حقائق داري اي مجهولا فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحقت الدار اذا علم يرجع على الذي صالحه بشيء لتمكنه من ان يقول مرادي من الحق الذي ادعيته هو الحق الذي ادعيه هذا الباقي ولو كان ادعاها ملكا فصالحه فاستحق منقاشي رجع بحسابه لان التوفيق هنا غير ممكن فوجب الرجوع بدله عند فوات سلامته ودل المسئلة على امرين احدهما ان الصلح عن مجهول على معلوم جائز لان الابراء عن المجهول جائز عندنا لان الجهالة فيما يسقط لا تفضي الى المنازعة والاخر ان صحة الدعوى ليست شرطا في صحة الصلح لان دعوى الحق غير صحيحة لجهالة المدعى به وكذا لو اقام به بينة لا تقبل اما اذا ادعى اقرار المدعى عليه بالحق قبلت البينة **فروع** اشترى شيئا ثم قال هو ملك فلان وصدقه او ادعاه فلان وصدقه هو او انكر فحلف فكل ليس له شيء من ذلك الرجوع على البائع بخلاف الوكيل بالبيع اذا ردت عليه بعيب فحلف فكل يلزم الموكل لان النكول من المضطر كالبينة وهو مضطر في النكول اذ لم يعلم عيبه وكالسلامة ولو اقام المشتري بينة على انه ملك فلان لا تقبل لتناقضه فان اقدامه على الشراء اقرار منه بملك البائع فاذا ادعاه لغيره تناقض بخلاف ما لو برهن على اقرار البائع انه ملك فلان تقبل لعدم تناقضه وبخلاف ما لو برهن على انها حرة الاصل وهي تدعي ذلك او انها ملك فلان وهو اعتقها او دبرها او استولدها قبل اشترائها حيث يقبل ويرجع بالثمن على البائع لان التناقض في دعوى الحرية وفروعها لا يمنع صحة الدعوى باع عقارا ثم برهن ان ما باعه وقف لا يقبل لان مجرد الوقف لا يزيل الملك خلافا للاعتاق ولو برهن انه وقف محكوم بلزومه قبل ولو برهنت امة في يد المشتري الاخير انها معتقة فلان او مدبرته او ام ولده يرجع الكل الا من كان قبل فلان اشترى شيئا ولم يقبضه حتى ادعى اجرانه له تسمع دعواه حتى يحضر المشتري والبائع لان الملك للمشتري واليد للبائع والمدعى يدعيها فشرط القضاء عليهما حضورهما ولو قضى لها بحضور تهما ثم برهن البائع او المشتري على ان المستحق باعهما من البائع ثم هو باعهما من المشتري قبل ولزم البيع لانه يجوز القضاء الاول ولا ينقضه ولو فسخ القاضي البيع بطلب المشتري ثم برهن البائع ان المستحق باعهما منه باخذهما

وتبقى

[illegible] منه بعد الفسخ حتى ان الامة للبائع عند ابي حنيفة و [illegible] بالمهر المشهور لنفوذ القضاء بالفسخ باطنا
وظاهرا عنده ولو استحقت من يد مشتر فبرهن الذي قبله على بيع المستحق من بائع بائعه قبل لانه خصم
ولو برهن البائع الاول ان المستحق امره ببيعها وهلك الثمن في يده تقبل ولو استهلكه او رده لا تقبل ولو اقر
عند الاستحقاق ومع ذلك اقام المستحق البينة واثبت عليه الاستحقاق بالبينة كان له ان يرجع على بائعه
لان القضاء وقع بالبينة لا بالاقرار لانه محتاج الى ان تثبت بها ليمكنه الرجوع على بائعه هكذا ذكر رشيد الدين
في باب دعوى الدين بسبب وبغير سبب من فتاواه وذكر في باب ما يكون اقرارا من المدعى عليه من فتاواه
المدعي لو اقام بينة على دعواه ثم اقر المدعى عليه بالملك فالقاضي يقضي بالاقرار لا بالبينة لان البينة
انما تقبل على المنكر المعروف ذكر في اخر كتاب الدعوى ادعى عينا في يد رجل وانكر المدعا عليه فاقام بينة على
ما ادعاه قبل ان يقضي القاضي للمدعي ببينته اقر المدعى عليه بالعين للمدعي بالبينة او بالاقرار اختلف فيه
المشايخ بعضهم قالوا بالاقرار وبعضهم قالوا بالبينة لان المدعي حين اقام البينة كان المدعا عليه منكرا واستحق
المدعي القضاء بالبينة ولا يبطل هذا الاستحقاق باقراره قال والاول اظهر واقرب الى الصواب وهو ناقض
ما ذكره في باب دعوى الدين الا ان يحمل ثمة على ما اذا كان بعارض الحاجة الى الرجوع وقصد القاضي الى القضاء باحدى الحجتين
بعينها فيتحصل انه اذا اثبت الحق بالبينة والاقرار ينبغي على ما جعله الاظهر ان يقضي بالاقرار وان سبقته
اقامة البينة غير ان القاضي متمكن من اعتباره قضاه بالبينة فعند تحقق حاجة الخصم لها ذكر ينبغي ان
يعتبر قضاء بها ليندفع الضرر عنه بالرجوع ولو قضى بالاستحقاق فطلب المشتري الثمن من البائع فوده اليه
ثم ظهر فساد القضاء فليس للمشتري ان يسترد المستحق من البائع لثبوت التقابل ولو لم يرد او لكن القاضي
قضى للمستحق وفسخ البيع ثم ظهر فساد القضاء ظهر فساد الفسخ ولو اجاز البائع ان يأمن غائلة الرد بالاستحقاق
وابراه المشتري من ضمان الاستحقاق ملا يرجع بالثمن ان ظهور الاستحقاق فظهر ان كان له الرجوع ولا
يعلم ما قالوا لان الابراء لا يصح تعليقه بالشرط فالوا والحيلة فيه ان يشتري المشتري ان بايعي قبل ان يبيع مني
اشتراه مني فاذا افترقا على هذا الوجه لا يرجع بعد الاستحقاق لانه لو رجع على بائعه فهو ايضا يرجع عليه
بافتراقه انه بائعه منه والله اعلم **فصل في بيع الفضولي** مناسبة هذا الفصل مع الاستحقاق ظاهرة
لان دعوى الاستحقاق يتضمن دعوى الفضولي على احسن الوجوه لانه يتضمن اما دعواه ان بائعك باع ملكي بغير اذني
لغصبه او فضوله واحسن المخارج الملتمسة فيه فضوله والفضول جمع فضل على غير الاشتغال بما لا يعنيه وما لا
ولاية له فيه فقول بعض الجهلة لمن يأمر بالمعروف انت فضولي يحتاج عليه الكفر ومن باع ملك غيره بغير
اذنه فالمالك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ وهو قول مالك واحمد وقال الشافعي لا ينعقد لانه لم يصدر عن
ولاية شرعية لانها بالملك او باذن المالك وقد فقدا ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية وصار كبيع الابق والطير
فيه الهوا في عدم القدرة على التسليم ولنا قول البراء في عدم الولاية وقال عليه الصلاة والسلام لحكيم ابن حزام لا تبع ما ليس
عندك قلنا المراد البيع الذي يجري فيه المطالبة من الطرفين وهو النافذ او المراد ان يبيعه ثم يشتريه فيسلمه
لحكم ذلك العقد وذلك غير ممكن لان الحادث بنيت متصورا على الكمال وحكم ذلك السبب ليس هذا بل ان ثبت بالاجازة
من حين ذلك العقد ولهذا يستحق المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة وسبب ذلك النهي يفيد هذا او هو قول
حكيم بن رسول الله ان الرجل يأتيني فيطلب مني سلعة ليست عندي فابيعها منه ثم ادخل السوق فاشتريها فاسلمها
فقال عليه الصلاة والسلام لا تبع ما ليس عندك وقال الكرخي شا ابراهيم ابن موسى الجوزي قال شا الحسن ابن الوزان
قال شا سفيان عن شبيب بن غرقدة سمعه من فروة عن عروة البارقي وشا ابراهيم قال شا ميمون الخياط
قال شا سفيان عن شبيب ابن غرقدة انا الحسن عن عروة البارقي ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطاه دينارا ليشتري به
اضحية فاشتري شاتين فباع احدهما بدينار وجاءه بشاة ودينار ودعا النبي صلى الله عليه وسلم في بيعه بالربح فكان
لو اشترى ترابا ربح فيه وروى انه صلى الله عليه وسلم دفع دينارا لحكيم ابن حزام ليشتري اضحية فاشتري

[illegible] فقال عليه الصلاة والسلام بارك الله في صفقتك [illegible] واما الاشتراء فتفاوت به وقوله الا ان يفوض الامر بالقدرة الشرعية ان اردت الانعقاد عليه وجه النفاذ سلمناه ولا نضره ان اردت لا انعقاد على وجه التوقف الا ان ترى المالك مصلحته في الاجازة فيجيز فعله او عدمها فيبطله ممنوع ولا دليل عليه بل الدليل دل على ثبوته وهو تحقق الحاجة والمصلحة لكل من العاقد والمالك والمشتري من غير ضرر وما مانع شرعي فيدخل ثبوته في عمومات اما تحقق ما ذكرنا فكون المالك يلقى مونة طلب المشتري ووفور الثمن وفراره ونفاق سلعته وراحته منها ووصوله الى البدل المطلوب له المحبوب والمشتري وصوله الى حاجة نفسه ودفعها بالمبيع وارتفاع الم فقدها اذا كان مما له والعاقد يصون كلامه من الالغاء والاهدار بل وحصول الثواب له اذا نوى لغير الله تعالى من الاعانة على حصول الرفق لاخيه المسلم ولما كان هذا التصرف خيرا لكل من جماعة عباد الله من غير ضرر كان الاذن في هذا القدر ثابتا دلالة اذ كل عاقل يأذن في التصرف النافع له لا ضرر تشبيه املا وبالعمومات فوجب اعتباره وصار كالوصية من المديون المستغرقة بالكثر من الثلث اذا كان المعقود عليه باقيا وحيث يتوقف اجازة المستحق بالاجماع فهذا اصل القياس صحيح لا يقال فاذا ثبت الاذن دلالة ينبغي ان ينفذ العقد لانا نقول انما ثبت دلالة ما لم يضر فيه وذلك هو الانعقاد موقوفا على رأي المالك فثبت هذا القدر وما نفاده ملا يراه ففيه اضراره اذ قد لا يريد بيعه فثبت خلاف بيع الطير في الهواء والسمك في الماء لجواز لعدم المحل فان الطير ليس بمملوك اصلا قبله وما ليس بمملوك لاحد لا يكون محلا للبيع وبيع الآبق ينعقد فاسدا وهو عندنا مفيد للملك اذا اتصل به القبض وعدم توقف طلاق الصبي ولو بمال لحق الشرع فانه انزله كالمجنون فيما يخص فيه وان كان عاقلا اذ صح توكيله بذلك عن غيره وطلاق المرأة مضرا ظاهر فان عقد النكاح شرع للتراحم والتعاون وانتظام المصالح فلذا لم يتوقف ذلك منه على اجازة وليه ولا على اجازته بعد البلوغ بخلاف ما لو اشتري او تزوج او زوج امته فان هذه التصرفات تتوقف منه على اجازة وليه واجازته بعد البلوغ فان قيل يجب ان يلغو العدم المقصود منه وهو الملك قلنا لا يلزم من عدم ترتبه في الحال عدمه مطلقا بل هو مرجو فلا يلزم عدمه ولكونه متعلق العقد مرجوا كان في صحة التصرف وعزه هذا صح تعليق الطلاق والعتاق بالشرط والاولاد وقوع في الحال والانقطع بوقوعه فكان ينبغي ان يلغى لكن لما كان بحيث يرجى صح وانعقد سببا في الحال مضافا او عند الشرط كقولنا هنا وقول المصنف بصرف تمليك من اضافة العام الى الخاص لحركة الاعراب والاضافة في مثله بيانية اي تصرف هو تمليك وحركة هي اعراب ولا حاجة الى هذا التقدير هنا لان تصرف الفضولي تتوقف عندنا اذا صدرت والمتصرف مجيزا يمن ينفذ على الاجازة سواء كان تمليكا كالبيع والاجارة والهبة والتزويج والتزوج او اسقاطا محضا كالطلاق الرجعي امرأة غيره او اعتق عبده فاجاز طلقت او اعتق وكذا سائر الاسقاطات للديون وغيرها فكان الاحسن ان يقول يصرف شرعي واما القياس على الفضولي بالشراء ففي شرح الفضولي تفصيل ذكره في شرح الطحاوي وطريقة الخلاف وهو انه لو قال الفضولي لبع هذا العلان فقال المالك بعت فقال الفضولي قبل اجله فهو على هذا الخلاف فلا يصح القياس اما اذا قال الفضولي اشتريت هذا الاجل فلان فقال المالك ابتداء بعت منك هذا العبد لاجل فلان فقال اشتريت فقد علق الفضولي غير متوقف على اجازة فلان لانه وجد نفاذا على المشتري فلا يتوقف لانه اضيف اليه ظاهرا فلا حاجة الى اضافه الى رضي الغير فقوله لاجل فلان يحتمل لاجل شفاعة فلان او رضاه بخلاف البيع لم يجد نفاذا وله الاجازة اي للمالك اذا كان المعقود عليه باقيا وهو البيع وكذا المستأجر والذي خالفه ولا بد من بقاء اربعة الثلثة المذكورة والمالك حتى لو مات لا تصح اجازة الوارث كما سنذكره هنا فيما اذا كان الثمن دينا اي مما يتعين وهذا لان الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيام العقد الذي هو مورد هذا التصرف وقيامه بقيام العاقد والمعقود عليه وانما لم يذكر المالك لانه ذكر ان الاجازة منه وهو فرع وجوده وفي الايضاح عند الفضولي في حق وصف الجواز موقوف على الاجازة فاخذت الاجازة حكم الانشاء فلا بد في الانشاء من قيام الاربعة وبالتفصيل شرط بقاء المعقود عليه لان الملك لم ينتقل فيه وانما ينتقل بعد الاجازة ولا يمكن ان ينتقل بعد الهلاك والمشتري ليلزمه الثمن وبعد

[illegible] المقبوض بالعقد [illegible] ما لم يكن [illegible] جاز الهلاك لانه [illegible] حقوق العقد [illegible] الاجازة وانما يلزم الهلاك [illegible] من الاجانب فيكون منه [illegible] وارثه [illegible] للمشتري والمخفي مملوكا له امانة في يده اي في يد الفضولي فهو هلاك لا يضمنه كالوكيل فالاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة من حيث انه جار بها تصرفه نافذا وان لم يكن من كل وجه فان المشتري من الفضولي اذا اجاز المالك لا ينفذ بل يبطل بخلاف الوكيل وهذا بسبب ان الملك البات اذا ظهر على الموقوف وهو ملك المشتري من الفضولي يبطل الموقوف ولهذا تزوجت امة وطئ مولاها بغير اذنه فمات قبل الاجازة توقف النكاح على اجازة الوارث لانه لم يظهر ملك بات للوارث في البضع ليبطل وهذا يوجب تقييد الوارث بكونه من الولاء وخلاف بخواص الحكم والفضولي اي في البيع ان الفسخ قبل اجازة المالك حتى لو اجازه لا ينفذ لزوال العقد الموقوف وانما كان له ذلك ليدفع الحقوق عن نفسه فانه بعد الاجازة يصير كالوكيل فترجع حقوق العقد اليه فيطالب بالتسليم ويخاصم في العيب وفي ذلك ضرر به فله دفعه عن نفسه قبل بثوته عليه بخلاف الفضولي في النكاح ليس له ان يفسخ بالقول وانما بالفعل لانه معبر بحض اي كما قال عبارة فلا اجازة تنتقل العبارة الى المالك فتصير الحقوق مرتبطة به ابا الفضولي فلا تلزمه بالاجازة ضرر تعلق الحقوق وقد ثبت للمالك والولي حق ان يجيز وكذا بالفعل كان زوج امراة برضاها من غائب فقبل ان يجيز زوجها منها توقف العقد الثاني ايضا بخلاف ما لو وكله بعد عقد فضولا ان يزوجه امراة فزوجها منها فان العقد الاول يبطل الطرو البات على الموقوف هذا الذي ذكرناه فيما اذا كان الثمن دينا فان كان عينا بان باع الفضولي ملك غيره بعرض معين بيع متابضة اشترط قيام الاربعة المذكورة وخامس وهو ذلك الثمن العرض واذا اجاز مالك المبيع والثمن عرض فالفضولي يكون بيع مال الغير مستريا للعرض من وجه والشراء لا يتوقف اذا وجد نفاذا فينعقد على الفضولي فيصير مالكا للعرض والذي عند الاجازة انه اجاز للفضولي ان ينفذ عن ما اشتراه من ذلك العرض من ماله كانه قال اشتريت هذا العرض لنفسك وانفذ ثمنه مالي هذا فرضا عليك فان كان مثليا فعليه مثله وان كان قيميا كثوب او جارية يصير مستقرضا للجارية او الثوب والقرض وان لم يجز في القيميات لكن ذلك اذا كان قصدا وهنا اثبت ضمنا مقتضى لصحة الشراء فيراعى فيه شرائط صحة المقتضى وهو الشراء الغير كالتوكيل بالسلم فيه اذا اداه من مال نفسه يصير مقرضا حتى رجع بقيمته ان كان ثوبا لان الثوب مثلي في باب السلم فكذا فيما جعل بمثاله فكذا هنا اذ صحة الشراء لعبد المحجور للجارية والشراء مشروع فيما في ضمنه يكون مشروعا هذا واما ينفذ الشراء على المشتري اذا لم يضفه الى آخر وعند الشراء النفاذ عليه ولم يسبق توكيل للمشتري من آخر فاما ان كان كذلك فالشراء موقوف وفي الوكالة ينفذ على الموكل فانه ذكر في شرح الطحاوي ولو اشترى رجل لرجل شيا بغير امره كان ما اشتراه لنفسه اجاز الذي اشتراه له او لم يجزه اما اذا اضافه الى آخر بان قال للبايع بع عبدك من فلان بكذا فقال بعت وقبل المشتري هذا البيع لفلان فانه يتوقف وقوله وهو هلاك المالك لا ينفذ باجازة الورثة وقد مر الكلام فيه وهو بخلاف العشرة عند ابي حنيفة وابي يوسف فان العشرة الموقوفة على اجازة الغائب الكبير جازت باجازة ورثته بعد موته استحسانا لانه لا فائدة في نقض البيعة ثم الاعادة وقوله محمد العشرة مبادلة كالبيع فلا تجوز باجازة ورثته هو القياس والاستحسان متروك وهو هلاك المبيع قبل الاجازة قبل التسليم فلا ضمان على احد وان هلك بعده فللمالك ان يضمن ايهما شاء البايع او المشتري دايها اختار برئ الآخر عن الضمان لتضمن تمليكا فاذا املكه من احدهما لا يتصور تمليكه من الآخر فان اختار تضمن المشتري بطل البيع الموقوف لان اخذ القيمة كاخذ العين ويرجع المشتري بالثمن على الفضولي لانه بامضاء وان اختار تضمن البايع نظران كان قبض البايع مضمونا عليه بنقد بيعه لان سبب ملكه هو غصبه تقدم عقده وان كان قبض امانة وانما صار مضمونا عليه بالتسليم لا بنقد بيعه بالضمان لان سبب ملكه تاخر عن عقده وذكر محمد في ظاهر الرواية انه يجوز البيع بتضمين البايع وهو محمول على انه سلمه او انه صار مضمونا عليه بترك باعه فصار كالمغصوب هذا اذا باعه بثمن دين فان كان بعين ما تعين بالتعيين فهلك في يد البايع بطل البيع فلا تلحقه اجازة وبيد المبيع على صاحبه ويضمن البايع للمشتري مثل العرض او قيمته ان كان قيميا لانه قبضه بعقد فاسد ولو اجاز

الملك في هو يقتله والحال حال البيع [illegible] يوسف وقال لا يبيع حتى يعلم فيما هو سد الاجارة [illegible] ومن غصب عبدا فاعتقه المشتري ثم اجاز مولى العبد البيع فالعتق جايز كما ذكره محمد في الجامع الصغير ولم يذكر خلافا لكنهم اثبتوا خلافه مع زفر في بطلانه العتق وهذه من المسايل التي جرت المحاورة فيها بين ابي يوسف ومحمد حين عرض عليه هذا الكتاب فقال ابو يوسف ما رويت لك عن ابي حنيفة ان العتق جايز وانما رويت ان العتق باطل وقال محمد بل رويت لي ان العتق جايز واثبات مذهب ابي حنيفة في صحة العتق بهذا لا يجوز لتكذيب الاصل الفرع صحابا وقال ما هنا ان يكون في المسلة روايتان عن ابي حنيفة قال الحاكم الشهيد قال ابو سليمان هذه رواية عن ابي يوسف وكن سمعنا من ابي يوسف انه لا يجوز عتقه وينبغي ان شاء الله تعالى قالوا وقول محمد قياس وقول ابي يوسف حنيفة استحسان وجه قول محمد انه لا عتق بلا ملك لقوله عليه السلام لا عتق فيما لا يملك ابن ادم والموقوف لا يعيد الملك وقت العتق ولو ثبت فلي الاخرة اي عند الاجازة ثبت مستندا وهو ثابت وقت العتق من وجه دون وجه والصحيح للاعتاق الملك الكامل لما روينا من هذا الحديث وفي سلف تخريجه وهذا اي لاجل ان شرط الملك الكامل لا يصح ان يعتقه الغاصب ثم لو ادى الضمان والمشتري بشرط الخيار للبايع ثم يجري البايع البيع ولذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع ان البيع السرع نفاذا من العتق حتى نفذ من الغاصب اذا ادى الضمان بعد ان باع وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان ولا الطلاق في النكاح الموقوف حتى اذا اجيز لا يقع على المراة وكل من الطلاق والعتق في الجملة الملك على السواء وكذا اذا جعل فضولي امر رجل امراة بيدها فطلقت نفسها ثم اجاز الزوج لا تطلق بل تبين التفويض فان طلقت نفسها الان طلقت والا لا لما ان الملك ثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك ولا ضرر فيه على ما مر اول الباب فيثبت الاعتاق موقوفا مرتبا عليه ثم ينفذ بنفاذه ومطلق بفتح اللام واحترز به عن البيع بشرط الخيار فخرج جواب قوله لا يصح عتق المشتري والخيار للبايع لان ذلك ليس بتصرف مطلق اذ الخيار يمنع ثبوت حق الحكم باتما وموقوفا وقد يقرو بكسر اللام والفتح اصح وبموضوع لافادة الملك عن الغصب فخرج الجواب عن قوله لا ينفذ من الغاصب اذا اعتق ثم ادى الضمان على ان الغصب ليس بسبب موضوع لافادة الملك وانما ثبت الملك ضرورة اداء الضمان فهو بعرضية ان يصير سببا لانه وضع سببا فيتقصر على ذلك ولذا لا يتعدى الى الزوايد المنفصلة حلال البيع اذا اجيز ثبت الملك في المتصلة والمنفصلة واما بيع المشتري من الغاصب فانما لا يصح منه لبطلان عقده بالاجازة فان بها ثبت الملك للمشتري بانا والملك البات اذا ورد على الموقوف ابطله وكذا الوديعة سواء للغاصب او تصدق به عليه او مات فورثه فهذا كله يبطل الملك الموقوف لانه لا يتصور اجتماع البات مع الموقوف في محل واحد على وجه يطرد فيه البات والا فقد كان فيه ملك بات وعرض معه الملك الموقوف وصار كاعتاق المشتري من الراهن فانه يتوقف بالاتفاق على اجازة المرتهن وذلك الرهن والجامع انه اعتاق في بيع موقوف وكاعتاق الوارث عبدا من التركة المستغرقة بالدين يصح ثم ينفذ اذا قضى الدين عتق المشتري من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان فتقول ينفذ كذا ذكر هلال الراي بن يحيى البصري في رقمه وهو من اصحاب ابي يوسف فانه ذكر فيمن غصب ارضا فبناها فوقفها المشتري ثم ادى الغاصب قيمتها حتى ملكها قال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق اولى واما عدم وقوع الطلاق في النكاح الموقوف وفي التفويض الموقوف فالاصل فيه ان كل تصرف جعل شرعا سببا لحكم اذا وجد من غير ولاية شرعية فلم يستعقب حكمه وتوقف ان كان مما يصح تعليقه جعل معلقا والا اصحبنا اليا ان نجعله سببا في الحال متاخرا حكمه ان امكن فالبيع لبس مما يتعلق فيجعل سببا في الحال فاذا زال المانع من ثبوت حكم بوجود الاجازة ظهر اثره من وقت وجوده وهذا اصل الزوايد واما التفويض فيحتمل التعليق فجعلنا الموجود من الفضولي صلحا بالاجازة فعند ما ثبت التفويض للحال لا مستندا فلا ثبت حكمه الا من وقت الاجازة واما النكاح فلا يتعلق ولا يمكن ان يعتبر في حال التوقف سببا لملك الطلاق بل لملك المستعقب له اذا ثبت وهذا لانه كما ثبت اهل صحة الطلاق مقصودا لان شرعيته لقصد ذلك من انتظام المصالح بينهما لوقوع الشتات بالفرقة فلا بد ان يكون الاذن على ثبوت المقصود اولا وهو منتف هنا فلو ثبت لكان لبس لاهلية وقوع الطلاق محل ملك المحل فانه يجوز ان ينعقد مقصود الصحة الاعتاق والمراد من قوله صلى الله عليه وسلم لا عتق الحديث النافذ في الحال وغايته

ما يفيد

[illegible] بيع الفضولي [illegible] المشتري من الغاصب اذا يفتي بانه موقوف فالاصل ان الحكم بالسبب والتاخير لدفع الضرر عن المالك والضرر في نفاذ الملك لا في توقفه وبعد فالمعوقة الغايله في كلام محمد المصحح الاعتاق الملك الكامل لا يصح فيما يدفع ويمكن ان يستخرج من الدليل المذكور منع انه يحتاج الى ملك كامل وقت ثبوته بل وقت نفاذه وهو كذلك فان قطعت يد العبد اي عند المشتري من غاصبه وحاصل وجوه هذه المسلة المذكورة ان من غصب عبدا فاعتقه المشتري من الغاصب ثم اجاز المالك بيع الغاصب واما ان لا عتقه ولكن قطعت يده او نحوه من الجراحات الموجبة للارش فاخذ ارشها ثم اجاز المالك بيع الغاصب واما ان لا يكون احد هذين ولكن باعه المشتري من الغاصب ثم اجاز المالك بيع الغاصب وهو الذي يلي هذا الفرع واما ان لا يكون شيء من ذلك ولكن مات في يده او قتل ثم اجاز وهي اربعة فروع تتفرع على اجازة بيع الغاصب اولها اذا اجاز بيع الغاصب بعد عتق المشتري منه وهي التي فرغنا منها والثاني اذا اجاز بيع الغاصب بعد ان جنى على العبد جناية فاخذ ارشها فان الارش يستحقه المشتري من الغاصب لان قطع يمنع صحة الاجازة اذ لم تثبت المفوض عليه بنظم الحلال مؤنته فاذا لحقته الاجازة ظهر انه قطع في ملكه فيستحق ارش يده لما ذكرنا من ان البيع موضع سببا للملك خلافا لما وقطعت في يد الغاصب ثم ادى الضمان للمالك العبد فانه لا يكون له الزوايد لان الغصب لم يوضع سببا للملك وانما ثبت الملك مستندا لوقت الغصب لظهور الضرورة فيظهر في المتصل لا المنفصل ثم يتصدق هذا المشتري بما زاد من ارش اليد على نصف الثمن لان الذي زاد على نصف الثمن لم يدخل في ضمانه لما ذكرنا ان اليد من الادمي نصفه والذي دخل في ضمانه هو ما كان في مقابلة الثمن فما زاد على نصف الثمن يكون ربح ما لم يضمن وهذا لان ارش يد العبد نصف قيمته او اكثر نصف دية وعسى ان يكون نصف القيمة اكثر من نصف الثمن فلا يطيب له الفضل لانه انما دخل في ضمانه بالثمن لا بالقيمة وذكر المصنف وجها آخر وهو انه فيه شبهة عدم الملك لان الملك في الارش ثبت يوم القطع مستندا الى يوم البيع وهو ثابت من وجه دون وجه وهو شبهة عدم الملك واورد عليه لو وجب التصدق لشبهة عدم الملك في الزايد ينبغي ان يتصدق بالكل لان في الكل شبهة عدم الملك لعين المذكور في بيان شبهة عدم الملك في الزايد ولو قيل شبهة عدم الملك انما يوثر المنع مع كونه لم يضمن بانفراده دفع بان كونه لم يضمن يستدل بالمنع انتفاء الحاجة الى زيادة شبهة عدم الملك اذ لا يفيد شيا ووزع في الكافي الوجهين فقال ان لم يكن العبد مغصوبا واخذ الارش فقبضه يكون الزايد على نصف الثمن ربح ما لم يضمن لان العبد قبل القبض لم يدخل في ضمانه ولو كان اخذ الارش فقبضه شبهة عدم الملك لانه غير موجود اي الملك حقيقة وقت القطع وانما ثبت فيه بطريق الاستناد فكان ثابتا من وجه دون وجه ولو كان المشتري من الغاصب اعتق العبد ثم قطعت يده ثم اجاز المولى بيع الغاصب كان الارش للعبد قال المصنف وهذا اي هذه المسلة في بعض النسخ وهو حجة على محمد يعني لكون الارش للمشتري حجة على محمد في عدم تجويزه اعتاق المشتري من الغاصب اذا اجاز المالك بيع الغاصب فانه اعتاق في ملك موقوف وهذا استحقاق ارش بملوك مملوك موقوف قال في العذر له اي جوابه بالفرق بان الملك من وجه يكفي لاستحقاق الارش كما لو كاتب اذا قطعت يد من اكتسب ثم اخذ ارشها ثم عجز فرد في الرق فان الارش للمولى لما ان سلكه فيه حال الكتابة من وجه لا من كل وجه وكذا اذا قطعت يد العبد في يد المشتري بالخيار للبايع ثم اجاز البيع يكون الارش للمشتري لان الاعتاق على ما مر حيث لا يكفي فيه الملك من كل وجه والثابت من الفروع ما ذكرنا بقوله فان باع المشتري من آخر ثم اجاز المولى البيع الاول اي بيع الغاصب لم يجز البيع اي بيع المشتري من الغاصب من الآخر لما ذكرنا يعني قوله لان الاجازة تثبت للبايع ملكا بانا الى آخره وفيه عزو الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة في البيع اي بيع الغاصب كما في الاعتاق عندها اي عند ابي حنيفة وابي يوسف فانه اي الاعتاق لا يوثر فيه عزو الانفساخ بدليل ان المشتري لو اعتق العبد قبل قبضه يجوز ولو باعه لا يجوز وقد روي عن ابي حنيفة انه يتوقف البيع كما يتوقف الاعتاق واستشكل هذا التعليل بانه شامل لبيع الغصوب مطلقا غاصبا او غير غاصب او فيه عزو الانفساخ على تقدير عدم الاجازة وهو ذاك ينعقد موقوفا ولكنه

الاجارة اجيب بان هناك يعارضه البيع الثاني وهو اقدم من تحقق المبطل ... والقاعدة ان البيع
نافذ ... ولهذا ... للمشتري الاول حتى طلب منه ... فباع ... فيجوز البيع الثاني
عرضة للانفساخ فلم ينعقد اصلا وانما وجب بقدم ذلك المعارض لانه لو اعتبر مجرد الانفساخ بلا اعتبار النفع لم يصح
بيع اصلا لان كل بيع فيه غرر الانفساخ خصوصا في المشتريات تجوز اصلا لان للبيع قبل القبض فينفسخ فالمعتبر ما تغلب
الانفساخ الذي لم يشبه نفع ودفع الغبن بخلاف هذا بين اعتاق المشتري من الغاصب حيث ينفذ بالاجازة وبين
بيع الغاصب وبيعه حيث لا ينفذ باجازة بيع الغاصب بان العتق منه للملك فهو مقرر للملك حكما والمقرر للشيء
من حقوقه فجاز ان يتوقف بتوقفه والبيع ازالة له بلا انها فكان ضد امضاء حكمه فلا يتوقف بتوقفه ولا ينفذ
بنفاذه والدليل على الفرق بينهما ان المشتري اذا اعتق ثم اطلع على عيب يرجع بالنقصان ولو باع ثم اطلع على عيب
لا يرجع والرابع ما ذكره بقوله فان لم يبعه المشتري ولكن مات في يده او قتل ثم اجاز البيع لم يجز لما ذكرنا ان الاجازة
من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات وهذا في الموت ظاهر واما بالقتل فلم نعتبره انجاب البدل للمشتري بالقتل
فيكون المعقود عليه باقيا ببقاء بدله فصح الاجازة كما في البيع الصحيح اذا قتل فيه العبد قبل القبض فان البيع لا ينفسخ
بالموت بل بجعل قيام بدله كقيامه فيخير المشتري بين ان يختار البيع فيدفع الثمن ويرجع ببدل العبد على القاتل
وان يفسخه فيصير ملك البائع فدار الغرق بانه لا ملك للمشتري من الغاصب حال القتل ملكا يقابل بالبدل لانه ملك
موقوف والملك الموقوف لا يقابل بالبدل بخلافه في البيع الصحيح ومن باع عبد غيره بغير امره قوله بغير امره
وان وقع في الجامع الصغير فليس من صورة المسئلة بل صورتها باع عبد غيره من رجل فاقام ذلك المشتري بينة على اقرار
البائع انه لم يأمره ما لكه ببيعه او اقام على قول رب العبد ذلك واراد بذلك رد العبد فان هذه البينة لا تقبل
للتناقض على الدعوى اذ الاقرام على الشراء ليل دعواه صحته وانه يملك بيعه ودعواه اقراره بعدم الامر يناقضه
اذ هو دليل انه لم يصح ولم يملك البائع البيع وقبول البينة مبني على صحة الدعوى فحيث لم يصح لم تقبل ولو لم تكن بينة بل ادعى
البائع بعد البيع ان صاحبه لم يأمره ببيعه وقال المشتري امرك او ادعى المشتري عدم الامر فادعى البائع الامر فالقول
لمن يدعي الامر لان الاصل ما قضى اذا اقامه على البيع او الشراء ليل اعترافه بالصحة وقد ناقض بدعواه الامر بخلاف
الاخر وكذا البرله ان يستحلفه لان الاستحلاف يترتب على الدعوى الصحيحة لما بيناه وذكر في شرح الزيادات
على خلاف ما لو اقر البائع عند القاضي بذلك حيث يحكم بالبطلان والفرق ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار
وقد صح اقراره بالشيء بعد انكاره اياه الا ان الاقرار حجة قاصرة يعني لما ينفذ في حق المقر خاصة فاذا وافقه المشتري
تعدى عليهما فلذا اشترط طلب المشتري حتى يكون نقضا بالنسبة اليهما لا بمجرد اقرار البائع والمراد من فسخ القاضي انه يقضي
اقرارهما اما ان الفسخ يتوقف على القضاء فلا وفروعها ان صاحب العبد لو حضر وصدقهما نفذ الفسخ في حقه وبقدر
وان كذبهما وقال كنت امرته كان القول قوله لما ذكرنا ان اقدامهما اقرار منهما بالامر فلا يحل رجوعهما في حقه
ويغرم البائع الثمن له ويكون المبيع للبائع لانه وبطل عن المشتري الثمن للامر في قول ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف
يبقى في ذمة المشتري للامر ويرجع المشتري على البائع بقبل الثمن بناء على ان الوكيل بالبيع يملك ايراد المشتري عن الثمن
عند ابي حنيفة ومحمد ويملك الاقالة بغير رضى الامر وعلى قول ابي يوسف لا يملك وذكر في الزيادات الى اخره
صورة مسئلة الزيادات اشترى جارية وقبضها ونقد الثمن ثم ادعاها مستحق كان المشتري خصما لانه يدعي لنفسه
فان اقر بها للمدعي امر بتسليمها ولا يرجع بالثمن على بائعه لان اقراره بطلانه لا يكون حجة على البائع وكذا لو جحد دعواه
فحلف فنكل قضي عليه بالنكول لان نكوله ليس بحجة على غيره كما اقراره فرق بين هذا وبين الوكيل بالبيع اذا رد عليه
بعيب حدث مثله بعد اقراره لا يلزم الموكل وان رد عليه بنكوله يلزمه كرده بالبينة لان المشتري مخاصم في النكول
لانه امتنع عن اليمين مع وجود ما يطلق له الحلف وهو البيع الذي يعرف ظاهرا في الملك ولو كان مضطرا فالاضطرار
انما لحقه بفعل باشره بنفسه فلا يظهر حكم نكوله في حق الغير اما الوكيل فمضطر في النكول اذ لم يوجد ما يطلق له
الحلف فان غير المالك يحلف عليه عيب ملك المالك ولو قال المشتري انا اقيم البينة انها للمستحق لا رجوع على البائع
لا يلتفت اليه لانه متناقض في دعواه لان اقدامه على الشراء اقرار منه بملك البائع وبصحة البيع وبهذه البينة

... الماذون رجل اشترى ... ثم اقام البينة ان البائع باع العبد
قبل ذلك من فلان الغائب بعينه قبلت بينته مع انه متناقض في نقض ما تم به والثابت ماروي ابن سماعة عن
محمد اذا وهب لرجل جارية فاستولدها الموهوب ثم اقام الواهب بينة انه كان دبرها او استولدها قبلت
بينته فيرجع على الموهوب له بالجارية والعقر وقيمة الولد مع انه متناقض باع ونقض ما تم به وفرق
ان مسئلة الواهب فالفرق فيان تناقضه فيما هو من حقوق الحرية كالتدبير والاستيلاد والتناقض فيه لا يمنع
صحة الدعوى وعندي ان هذا غير صحيح لان التناقض انما قبل في دعوى الحرية لانها ما قد تحقق على المتناقض المدعي
لها بعد اقراره بالرق والفاعل بنفسه للتدبير مثلا والاستيلاد اتحقق عليه فعل نفسه من استيلاده ووطئه
فيجب ان لا يقبل تناقضه ولا يحكم ببينته واما في مسئلة الماذون فانه لما اقام البينة على البيع من الغائب
قبل البيع منه فقد اقامها على اقرار البائع انه ملك الغائب لان البيع اقرار من البائع بانتقال الملك الى المشتري
ثم في مسئلة الاستحقاق لو اقام على اقرار البائع انها للمستحق قبلت لانه يثبت لنفسه حق الرجوع على البائع
باقراره وهو خصم في ذلك وثبت ما ليس بثابت وهو اقرار البائع ولو كان متناقضا فالتناقض لا ينفع تصديق
الخصم وهو ثبت بهذا تصديق الخصم ويجوز ان يقبل البينة على اقرار الخصم ولا تقبل على نفس الحق كما قال علماؤنا
فيمن في يده عبد فادعاه رجل فاقام صاحب اليد البينة انه لفلان الغائب لا تقبل بينته ما لم يدع الوصول
اليه من جهة الغائب ولو اقام على اقرار المدعى انه لفلان الغائب تقبل وان لم يدع الوصول اليه من جهته
وفرق في شرح الزيادات بين هذا وبين مسئلة الجامع المذكورة في الهداية وهي انه لا تقبل بينة المشتري
على اقرار البائع انه لم يأمره كما لا تقبل على دعواه انه لم يأمره بانه وضع المسئلة في الجامع فيما اذا كان المبيع في يد
المشتري فهو سالم له من حيث الظاهر وسلامة المبيع من حيث الظاهر تمنع الرجوع بالثمن ولا يكون مدعيا
حق الرجوع وفي الزيادات وضع فيما اذا كان اخذت الجارية من يد المشتري فكان مدعيا لنفسه حق الرجوع قال
ولا يقال في مسئلة الماذون المبيع في يد المشتري ومع هذا قبلت بينته لانا نقول ذلك محمول على ما اذا اخذ
العبد من يده وهذا هو فرق الصنف وهو منظور فيه بان وضع مسئلة الزيادات ايضا ان الجارية في يد المشتري
كما اسمعناك فلا وجه لما ذكر في الفوائد الظهيرية عن بعض المشايخ ان مسئلة الجامع محمولة على ان المشتري اقام
البينة على اقرار البائع قبل البيع اما اذا اقام على اقراره بعد البيع ان رب العبد لم يأمره بالبيع فتقبل لان اقدام
المشتري على الشراء ينافض دعواه اقرار البائع بعدم الامر قبل البيع وبينا قض دعواه اقراره بعدم الامر
بعد البيع قال في مسئلة الزيادات محمولة على هذا ايضا فتقع الغنية عن التفرقة بين المسئلتين انتهى
وفي مسئلة الجامع محمولة على اقرار البائع او رب العبد قبل البيع فلم تقبل للتناقض والزيادات على الاقرار
بعد البيع فلم يلزم التناقض فقبلت وما يناسب المسئلة باع عبد غيره بلا امره ثم اشتراه من مولاه ثم
اقام البائع البينة انه اشترى العبد من مولاه بعد بيعه او ورثه بعد البيع قال محمد تقبل بينته ويبطل
البيع الاول وفروع مسئلة الاستحقاق على ما في شرح الزيادات ما لو قال المشتري للقاضي للبائع ان الامة
للمستحق او ليست له اجابه القاضي الى ذلك لانه يدعي انه مظلوم وله حق الرجوع عليه بالثمن باقراره فيسأله
القاضي فان اقر بذلك الزمه الثمن وان انكر وطلب المشتري يمينه اجابه القاضي الى ذلك فهم من قال انما يحلفه
لانه ادعى عليه معنى لو اقر به يلزمه فاذا جحد يستحلف كما في سائر الدعاوى فان قيل نعم هو كذلك لكنه
مناقض لان شراءه اقرار منه بصحته ودعواه انه ملك المستحق انكار ذلك ولهذا لا تقبل بينته ولا تقبل
البينة الا بعد دعوى صحيحة لا يستحلف الا بعد دعوى صحيحة ولا يلزم على ما في الماذون اشترى عبدا شيا
ثم قال انا محجور وقال البائع ماذون فاراد العبد ان يقيم البينة على ما ادعى تقبل ولا يستحلف خصمه
وان اقر به البائع يلزمه وذكر في الجامع ان المشتري لو اراد استحلاف البائع انه ما بعته من فلان قبل
ان تبيعه مني لم يكن له ذلك وان اقر به البائع يلزمه والجواب ان في مسئلتنا المشتري غير مناقض من كل
وجه لانه لا ينكر العقد اصلا ولا الثمن فان بيع مال الغير منعقد وبدل المستحق مملوك واما ينكر وصف العقد

وهو اللزوم بعد الاقرار من حيث الظاهر فكان مناقضا [illegible] وجه دون وجه فجعلناه مناقضا في حق البينة ولم
نجعله مناقضا في حق اليمين ليكون عملا بهما والعمل بهذا الوجه اولى لان البينة حجة متعدية فلو لم نجعله
مناقضا في حقها يلزمنا ان لا نجعله مناقضا في حق اليمين بطريق الاولى بخلاف مسئلة الماذون لان العبد منكر
لحكم العقد اما لان الشراء المحجور لا يوجب سلامة الثمن فكان مناقضا من كل وجه وبخلاف مسئلة الجامع لان ثمة
المبيع في يد المشتري فلا يكون له حق الخصومة وهذا على طريقة الموافقة للصنف في الفرق قال ولو لم تستحق الجارية
ولكن ادعت انها حرة الاصل فان اقر المشتري بذلك او استحلف فنكل وقضى القاضي بحريتها لم يرجع المشتري على البائع
اما حرية الجارية فلانها كانت له من حيث الظاهر فصح اقراره ولا يرجع على البائع لان نكوله واقراره حجة عليه دون
غيره منهم من قال قوله فاستحلف فنكل غلط من الكاتب لان الاستحلاف لا يجري في دعوى الرق في قول ابي حنيفة
وعندهما يجري الا ان اليمين تكون على الامة فلا معنى لقوله فابى المشتري ومنهم من قال بل هو صحيح اي موضع المسئلة
فيما اذا بيعت الامة وسلمت فاعتقت لذلك فابى دعواها بالرق فدعواها الحرية كدعوى العتق العارض فتكون
اليمين على المشتري لان الظاهر شاهد له فلو ان المشتري اقام البينة على البائع انها حرة قبلت بينته ويرجع
عليه بالثمن وفرق بين هذا وبين الاستحقاق من وجهين احدهما انه ليس بمناقض في فصل الحرية لانه فرع مظهر ببينته
انه اخذ الثمن بغير حق وذلك دين عليه لان الحرية تنافي انعقاد العقد وملك اليمين للبائع فكانت البينة مظهرة ان
اقدامه على الشراء لم يكن اقرارا بانعقاد العقد فلا تحقق التناقض اما الاستحقاق فلا يمنع انعقاد العقد وملك
الثمن للبائع فلو قبلنا بينة المشتري انها للمستحق لا تظهر بينته انها للمستحق لان اقدامه على الشراء اقرار
بملك اليمين للبائع ومع بقاء ذلك الاقرار يتحقق التناقض ويصير مكذبا شاهده ساعيا في نقض ما تم به والوجه
الثاني انه مناقض في الفصلين الا ان هناك تناقض لا يحتمل النقض فلا يمنع صحة الدعوى كالو تزوج امراة ثم اقام البينة
انها اخته من الرضاع او اقامت البينة انه طلقها ثلاثا ثم تزوجها قبل ان تنكح زوجا غيره وكذا الواعتق عبدا
على مال ثم اقام العبد البينة انه اعتقه قبل ذلك قبلت واختلف اصحابنا رحمهم الله فيمن باع ارضا ثم اقام
بينة انه باع ما هو وقف منهم من قال لا تقبل لانه يحتمل الفسخ فصار كالبيع ومنهم من قال تقبل لانه لا يحتمل الفسخ
بعد القضاء فصار بمنزلة التدبير ونحوه وذكر ابو بكر الرازي رحمه الله انما تقبل بينة المشتري انها حرة لانها
شهادة قامت على حرمة العتق فتقبل من غير دعوى حتى لو كان مكان الامة عبد على قول ابي حنيفة لا تقبل وعلى قولهما
تقبل لانها شهادة على عتق العبد فلا تقبل من غير دعوى والنناقض عند الدعوى ولو ادعى المستحق انها امته
اعتقها او دبرها او ولدت منه فاخذ المشتري بذلك او ابى اليمين وقضى عليه لا يرجع على البائع بالثمن لما قلنا
فان اقام المشتري البينة على البائع بذلك ان شهد الشهود على ان ذلك كان قبل الشراء قبلت بينته ويرجع عليه
بالثمن لانه ثبت ببينته انها لم تدخل في العقد فكان مدعيا للدين فلا يكون مناقضا فان شهد واعلى ان ذلك
كان بعد الشراء منه لا تقبل بينته لانها وقت العقد كانت مملوكة محلا للعقد والاعتاق المتاخر لا يبطل الشراء
السابق **قوله** ومن باع دار رجل اي عرصة غيره بغير امره وفي جامع قاضيخان معنى المسئلة اذا باعها
ثم اعترف بالغصب بعد ما اوخلى المشتري في بنائه فكذبه المشتري لم يضمن البائع عند ابي حنيفة لمن اقر بالغصب منه
وهو قول ابي يوسف اخرا وكان يقول اولا يضمن وهو قول محمد وهي مسئلة غصب العقار هل يتحقق او لا عند ابي حنيفة
لا فلا يضمن وعند محمد نعم فيضمن **فروع** تتعلق بهذا الفصل باع الامة فضولي من رجل وزوجها منه فضولي
آخر فاجاز احدهما بنكاح الاخر فتصير مملوكة لا زوجة ولو زوجها كل من رجل فاجاز ابطلا ولو باعاه كل من رجل
فاجاز انصف بينهما وخير كل منهما من اخذ النصف او الترك ولو باعه فضولي واجره اخر او رهنه او زوجه
فاجاز احدهما ثبت الاقوى فيجوز البيع ويبطل غيره لان البيع اقوى وكذا ثبت الهبة اذا وهبه فضولي واجره
آخر وكل من العتق والكتابة والتدبير احق من غيرها لانها لازمة بخلاف غيرها والاجارة احق من الرهن لافادتها
ملك المنفعة بخلاف الرهن والبيع احق من الهبة لان الهبة تبطل بالشيوع ففيما لا تبطل بالشيوع كهبة فضولي عبدا
وبيع آخر اياه ليستويا لان الهبة مع القبض يساوي البيع في افادة الملك وهبة المشاع فيما لا يقسم صحيحة فيما يحتمل

كل النصف ولو باع غاصبا عرض رجل واحدا فاجاز [illegible] لم يجز ان خاير البيع ثبوت ملك الرقبة والتصرف
وهما حاصلان للمالك في اليدين بدون هذا العقد فلم يفد فلا يلحقه الاجازة ولو غصبا من رجلين وتبايعا واجاز
المالك جاز ولو غصبا النقدين من واحد وعقدا الصرف وتقابضا ثم اجاز جاز لان النقود لا تتعين في المعاوضات
وعلى كل واحد من الغاصبين مثل ما غصب وتقدم ان المختار في بيع المرهون والمستاجر انه موقوف على اجازة
المستاجر والمرتهن فلو وصل الى المالك بوفاء الدين او الابراء او فسخ الاجارة او تمام المدة ثم البيع ولو لم يجيزا
فللمشتري خيار الفسخ اذا لم يعلم وقت البيع بهما وان علم فكذلك عند محمد قبل وهو ظاهر الرواية وعند ابي يوسف
ليس له الفسخ اذا علم وقيل هو ظاهر الرواية وليس للمستاجر فسخ البيع بالاتفاق وللراهن والموجر في المرتهن
اختلاف المشائخ وفي مجموع النوازل بيع المغصوب موقوف ان اقر به الغاصب او كان للمغصوب منه بينة
عادلة فلو اجاز ثم البيع والا فلا ولو هلك قبل التسليم انتقض البيع وقبل لا انه خلف بدلا والاول اصح وروى ابن
سماعة عن ابي يوسف وبشر عن محمد ان شراء المغصوب من غاصب جاحد يجوز ويقوم المشتري مقام المالك
في الدعوى وعن ابي حنيفة روايتان لو غصب عبدا وباعه ودفعه الى المشتري ثم ان الغاصب صالح الموالي من
العبد على مال ثم اقام البينة انه اعتقه قبل ذلك قبلت واختلف اصحابنا رحمهم الله فيمن باع ارضا ثم اقام
بينة انه باع ما هو وقف منهم من قال لا تقبل لانه يحتمل الفسخ فصار كالبيع ومنهم من قال تقبل لانه لا يحتمل الفسخ
بعد القضاء فصار بمنزلة التدبير ونحوه وذكر ابو بكر الرازي رحمه الله انما تقبل بينة المشتري انها حرة لانها
شهادة قامت على حرمة العتق فتقبل من غير دعوى حتى لو كان مكان الامة عبد على قول ابي حنيفة لا تقبل وعلى قولهما
تقبل لانها شهادة على عتق العبد فلا تقبل من غير دعوى والتناقض عند الدعوى ولو ادعى المستحق انها امته
اعتقها او دبرها او ولدت منه فاخذ المشتري بذلك او ابى اليمين وقضى عليه لا يرجع على البائع بالثمن لما قلنا
فان اقام المشتري البينة على البائع بذلك ان شهد الشهود على ان ذلك كان قبل الشراء قبلت بينته ويرجع عليه
بالثمن لانه ثبت ببينته انها لم تدخل في العقد فكان مدعيا للدين فلا يكون مناقضا فان شهد واعلى ان ذلك
كان بعد الشراء منه لا تقبل بينته لانها وقت العقد كانت مملوكة محلا للعقد والاعتاق المتاخر لا يبطل الشراء
السابق **قوله** ومن باع دار رجل اي عرصة غيره بغير امره وفي جامع قاضيخان معنى المسئلة اذا باعها
ثم اعترف بالغصب بعد ما اوخلى المشتري في بنائه فكذبه المشتري لم يضمن البائع عند ابي حنيفة لمن اقر بالغصب منه
وهو قول ابي يوسف اخرا وكان يقول اولا يضمن وهو قول محمد وهي مسئلة غصب العقار هل يتحقق او لا عند ابي حنيفة
لا فلا يضمن وعند محمد نعم فيضمن **فروع** تتعلق بهذا الفصل باع الامة فضولي من رجل وزوجها منه فضولي
آخر فاجاز احدهما بنكاح الاخر فتصير مملوكة لا زوجة ولو زوجها كل من رجل فاجاز ابطلا ولو باعاه كل من رجل
فاجاز انصف بينهما وخير كل منهما من اخذ النصف او الترك ولو باعه فضولي واجره اخر او رهنه او زوجه
فاجاز احدهما ثبت الاقوى فيجوز البيع ويبطل غيره لان البيع اقوى وكذا ثبت الهبة اذا وهبه فضولي واجره
آخر وكل من العتق والكتابة والتدبير احق من غيرها لانها لازمة بخلاف غيرها والاجارة احق من الرهن لافادتها
ملك المنفعة بخلاف الرهن والبيع احق من الهبة لان الهبة تبطل بالشيوع ففيما لا تبطل بالشيوع كهبة فضولي عبدا
وبيع آخر اياه ليستويا لان الهبة مع القبض يساوي البيع في افادة الملك وهبة المشاع فيما لا يقسم صحيحة فيما يحتمل

باب السلم

تقدم ان البيع ينقسم الى بيع مطلق ومقايضة وصرف وسلم لانه اما بيع عين
بثمن وهو المطلق او قلبه وهو السلم او ثمن بثمن وهو الصرف او عين بعين فالمقايضة ولم يشترط في المطلق والمقايضة
قبض فقد ما وشرط في الاخيرين في الصرف قبضهما وفي السلم قبض احدهما فقدم انتظاما بتدريج وضم اسم السلم تحقق
الجانب المسلم شرعا فيما صدق عليه اعني تسليم راس المال وكان على هذا تسمية الصرف بالسلم اليق لكن لما كان وجود السلم
في زمنه صلى الله عليه وسلم هو الظاهر العام في الناس سبق الاسم له ويعرف مما ذكرنا معناه بيع اجل بعاجل وما قابل الاجل
عاجل يا اجل غير صحيح لصدقه على البيع بثمن موجل وعرف ايضا منه انه يصدق على عقده بلفظ البيع بان قال السلم
اليه بعتك كذا صفته بكذا الى كذا ويذكر ما في الشروط او يقول السلم اشتريت منك كذا الى كذا او بعتك كذا
في ذمتي وعيسى ابن ابان ومحمد المذهب عنه عسر الوجه لان العبرة للمعنى ومعنى اسلمت اليك الى كذا او بعتك كذا
في المبيع مع باقي الشروط واحد وان كان على خلاف القياس فذا لاعتبار امر اخر لا بامر يرجع الى مجرد اللفظ
وعرف ان ركنه ركن البيع وسبب شرعيته شدة الحاجة اليه وسيذكر المصنف شرائطه واما حكمه فثبوت الملك
للمسلم اليه في الثمن وثوب السلم فيه للمسلم في الذمة اما في العين فلا يثبت الا بقبضه على ما قالوا
مبادلة اخرى على ما سيعرف والموجل المطالبة بانقضاء الزمان ومعناه لغة السلف فاعتبر في الشرعي كان الثمن
يسلفه المشتري للبائع ليقضيه اياه وجعل اعطاء العوض فيه قضاء كما هو فرد لا يصح الاستبدال فيه قبل القبض
وجعل الحرمة في اسلمت اليك للسلب بمعنى ازلت سلامة راس المال حتى حلته الى مفلس ونحو ذلك بعيد وما وجه
له الا باعتبار المدفوع هاكما وصحة هذا الاعتبار متوقف على غلبة نوايه عليه وليس الواقع ان السلم كذلك
بل الغالب الاستيفا [illegible] وهو يعني السلم عقد مشروع بالكتاب وهو اية المداينة اخرج الحاكم في المستدرك
بسنده ومصححه على شرطهما عن قتادة عن ابي حسان الاعرج عن ابن عباس رضي الله عنهما قال اشهد ان السلف
المضمون الى اجل مسمى قد احله الله في كتابه واذن فيه ثم تلا يا ايها الذين امنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى
فاكتبوه الاية وعنه روى ان في سننه والطبراني وابن ابي شيبة وعزاه بعض مشايخي المصنفين الى البخاري

وهو غلط فاحش لم يخرج في تحصيل [illegible] المصنف ذكر لفظ [illegible] أهل [illegible]

فقال المشايخ الراد بالمصنون الموصل بدليل انه ذكر بعض [illegible] من انتهى صفته صفوره فاحوسه

ويكون ما رواه المخرجون الذين ذكرناهم من قوله المصنون [illegible] اجل حسابين مقدرين في قوله مسى ابو سعيد وابن عباس بالسنة

الا ان لفظ الحديث كما ذكره المصنف فيه غرابة وهو انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عندك الانسان ورخص في السلم وان

كان في شرح مسلم للقرطبي ما يدل على انه عثر عليه بهذا اللفظ قيل والذي يظهر انه حديثين مركب من حديث النهي عن بيع

ما ليس عند الانسان رواه اصحاب السنن الاربعة عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عنه صلى الله عليه وسلم بلفظ لا يحل سلف

وبيع الا ان قال ولا تبع ما ليس عندك قال الترمذي حسن صحيح وتقدم والرخصة في السلم رواه الستة عن ابن المنهال

عن ابن عباس قال قدم النبي صلى الله عليه وسلم والناس يسلفون في الثمر السنة والسنتين والثلث فقال من اسلف في

شيء ففي كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم وفي البخاري عن عبد الله بن ابي اوفى قال ان كنا نسلف على

عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر وعمر رضي الله عنهما في الحنطة والشعير والتمر والزبيب ولا يخفى ان جواز

على خلاف القياس اذ هو بيع المعدوم وحيلة المصير اليه بالعفو والاجماع للحاجة من كل من البايع والمشتري فان المشتري

يحتاج الى الاسترباح لنفقة عياله وهو بالسلم اسهل اذ لا بد من كون المبيع نادرا عن الغيبة فيربحه المشتري والبايع

قد تكون له حاجة في اكمال الثمن وقدرة في المال على البيع بسهولة فتندفع به حاجته الحالية الى قدرته المآلية

فلهذا المصالح شرع ومنع بعض من نقد الهداية قول السلم على خلاف القياس انه بيع المعدوم قال بل هو على وفقه فانه

كالاستيجار بثمن موجل والفرق بين كون احد العوضين موجلا في الذمة وبين الآخر بل هو على وفق القياس ومصلحة الناس

قال وهذا المعنى هو الذي فهمه ترجمان القرآن ابن عباس وتلى الآية ثم قال بعد كلام اندفع فيه فالحاصل ان قياس السلم

على الاستيجار بثمن موجل اصح من قياسه على بيع المعدوم الذي لا يقدر على تسليمه عادة مع اكلول كسائر الديون الموجلة

والحاصل ما حاصله مبني على اعتقاد ان الثوم قاسوا السلم على بيع المعدوم فذكروا على خلاف القياس وليس قياسه على

الثمن الموجل ولا يخفى ما فيه وليس كلامهم هذا انه هو نفسه بيع المعدوم فهو على خلاف القياس الا جل فيه ولكونه معدوما

لا يقدر على تسليمه عادة ليس معتبرا في مفهوم السلم عندهم بل هو زيادة من عنده وقوله اي فرق على آخره بعيد انه

على وفق القياس وكلامه يفيد الاعتراف بكون بيع المعدوم على خلاف القياس ثم الغرق ظاهر وهو ان المبيع

هو المقصود من البيع والمحل لورودها فانعدامه يوجب انعدام البيع بخلاف الثمن فانه وصف ثبت في الذمة

مع صحة البيع فقد تحقق البيع شرعا مع عدم وجود الثمن لان الموجود في الذمة وصف يطابقه الثمن لا عين الثمن وليس

في كلام ابن عباس ما ينهض انه راه على خلاف القياس وكونه فيه مصلحة الناس لا ينفي انه على خلاف القياس بل لاجل هذه

المصلحة شرع وان كان على خلاف القياس قال المصنف رحمه الله والمراد بالموزونات التي يجوز السلم فيها غير الدراهم

والدنانير اما الدراهم والدنانير فان اسلم فيها دراهم او دنانير فالاتفاق انه باطل وان اسلم غيرها من العروض حكما

حنطة او ثوب في عشرة دراهم او دنانير فالصحيح سلما بالاتفاق لان المسلم فيه لا بد ان يكون متمنا والنقود اثمان

فلا تكون مسلما فيها واذا لم يصح سلما فهل ينعقد بيعا فيه الكرد والثوب بثمن موجل او يبطل رأسا حكى المصنف فيه خلافا

قيل يبطل وهو قول عيسى بن ابان وقيل ينعقد بيعا بثمن موجل وهو قول ابي بكر الاعمش وجعل المصنف وغيره قول

عيسى اصح لان تصحيح العقد انما يكون في المحل الذي اوجبه المتعاقدان البيع فيه الى غير وهنا لم يوجباه الا في الدراهم

والدنانير فلم يمكن تصحيح العقد باعتبارهما بل باعتبار الثوب ولم يوجباه فيه فكان في غير محله الا ان الاول عندي ادخل في

التعقل لان حاصل المعنى الصادر منهما اعطاء صاحب الثوب برضاه ثوبه لمالك الدراهم موصلة وهذا من افراد البيع

بالتراضي ولكونه ادخل في البيع اجريت فيه احكامه حتى ان الواقع بينهما هو هذا

المعنى وفيه تصحيح تصرفهما وادخال الباء على الثوب كادخالها على الثمن فيما اذا اشتري ثوبا بمائة

فانه لا يبطل بل يفسد وان كان يقتضي ان المبيع هو الحرد هو مبطل اعتبارا لتحصيل غرضهما ما امكن ولذا قالوا للمذرد

انه يكفي ضبطا بذكر الذرع اي عدد الذرع والصفة والا بد منها اي من هذه الثلثة للضبط الذي هو شرط الصحة

وعرف من تعليله هذا ان شرط صحة السلم كون المسلم فيه مضبوطا على وجه يكفي تسليمه من غير افتقار الى المنازعة

فلهذا [illegible]

وفي الايضاح يحتاج الى بيان الفرق بين هذا وبين ما يأتي في الديباج [illegible] التفاوت لبعد ذكر الطول والعرض لانها

تختلف باختلاف الوزن فان الديباج كلما ثقل ازدادت قيمته والحرير كلما خف زادت انتهى وهذا في غرضنا ثياب الحرير ايضا وهي المسماة بالكمخا كلما ثقل ازدادت القيمة فالحاصل انه لا بد من ذكر الوزن سواء نقصت

القيمة تزيد بالثقل او بالخفة فان قيل ينبغي ان لا يصح السلم في غير المكيل والموزون لانه مشروع على خلاف القياس

ولم يذكروا في النص المفيد لشرعيته الا المكيل والوزن فلا يناسب عليها غيرها لا يقال السلم مخصوص من عموم لا تبع ما ليس

عندك ودليل التخصيص جاز ان يعلل ويلحق بالمخرج غيره به لانا نقول ذلك مقيد بما اذا لم يخالف حكم دليل التخصيص

القياس لاتفاق كلمتهم على ان ما خالفه القياس لا يقاس عليه فالجواب ان شرعية السلم ليس من تخصيص العام بل من

تقييد المطلق فالعام وهو لفظ ما ليس عندك الواقع في سياق النهي وهو تبع مطلق بالنسبة الى ذكر الاجل

فيما ليس عنده وعدمه وشرعية السلم يقيد له بما اذا لم يذكر الاجل في المبيع اما اذا ذكر الاجل فيجوز بيع كل ما ليس

عندك لا بعضه ليكون تخصيصا لما ليس عنده بالاذكر اجل على عمومه في منع البيع وقلنا مع ذكر يخرج من ذلك الحكم لكن

بشرط ضبطه ومعرفته لان ما عنده ايضا لا يجوز بيعه غير سلم مع جهالته وعدم ضبطه فالحاصل ان كلا مع

شرطه من الضبط يجوز بيعه بلا اجل ولا يجوز بلا اجل وكون المذكور في الحديث الكيل والوزن ليس تعيينا لهما وانما

خصوصهما على تقدير السلم بل حاصله امر بتعيين الاجل والكيل على تقدير السلم في المكيل بانا لشرط الصحة وهو عدم

الجهالة يدل عليه سياق الحديث وهو انه صلى الله عليه وسلم قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين

والثلث فقال من اسلف في شيء ففي كيل معلوم وفي وزن معلوم الى اجل معلوم وفي رواية ثم انه صلى الله عليه وسلم زاد الوزن

ليفيد عدم الاقتصار على الكيل فان سبب شرعية بيع ما ليس عنده الحاجة الى الاسترباح والتوسعة على المثل

الراجي فانيط بمظنة ذلك من الاقدام على اخذ العاجل واعطاء وشرط الضبط لدفع المنازعة والمرارة على التسليم

ولذا اجمعوا على عدم الاقتصار على الكيل والموزون للقطع بان سبب شرعيته لا يختلف وهو الحاجة المائسة

الى اخذ العاجل بالاجل وهي بانته من العزازين ابي الحيان في المذروع كالثياب اصحاب المجلات والموزونات بهم

ذلك لان من سمع سبب الشرعية المنقول في اثنا الاحاديث سوا كان له رتبة الاجتهاد او لم يكن فلذا كان ثبوت

السلم في المذروعات بالدلالة اعني دلالات النصوص المتضمنة للسبب لمن سمعها فان قيل في المذروعات مانع

وهو ان الضبط بالذرع دونه بالكيل والوزن فلا يلحق بهما فالجواب حينئذ ان قال الذرع لا يضبط الوزن لا يضبط

الكيل والوزن فليس بصحيح بل الذراع المعين يضبط كمية المبيع بلا شبهة فيه والاختلاف فيه ليس في الصفة

وكون ما قلنا ان مجرد ذكر عدد الذرعان للسلم بل لا بد من ذكر الاوصاف حتى ينضبط كما ان المكيل ايضا لا يكفي في صحة

السلم فيه مجرد ذكر عدد الكيل بل لا بد ان يذكر الاوصاف معه فتامل هذا التقرير فان في غيره خبطا والله اعلم

ولذا في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض لا يجوز السلم فيها عددا لان العددي المتقارب مضبوط

بالعدد مقدور التسليم فيجوز السلم فيه عددا والصغير والكبير فيه سواء اصطلاح الناس على اهدار التفاوت

بعد ان يكون من جنس واحد لان التفاوت حينئذ يسير لا عبرة به ولذا لا تباع بيضة دجاجة بجلس واخرى بخمسين

وهذا هو الضابط في المعدود والمتقارب وهو مروي عن ابي يوسف وعليه عمل المصنف اعني ان ما تفاوت

ماليته متفاوت كالبطيخ والقثاء والرمان والرؤس والاكارع والسعر جل فلا يجوز السلم فيها عددا للتفاوت

في المالية الا اذا ذكر ضابطا غير مجرد العدد كطول وغلظ ونحو ذلك من العدودات المتفاوتة اجوافا والفاتا

ولا يجوز الا بذكر مميزات واجازوه في الباذنجان والكاغد عددا لاهدار التفاوت وفيه نظر ظاهر او يحمل

على ما عند بقالب خاص والا لا يجوز لكون الباذنجان مهدر التفاوت لعله في باذنجان ديارهم وفي ديارنا ليس

كذلك بخلاف بيض الخام وجوز الهندي لا يستحق شيء منه بالاسلام في بيض الدجاج والجوز ان يرى والفستق

لعدم اهدار التفاوت من جنسين لكثرة التفاوت ويشترط مع العدد بيان الصفة ايضا في شرح الثاني

فلو اسلم في بيض النعام او في الفاوت احاده في المالية وهو خلاف ظاهر الرواية والوجه ان ينظر الى الغرض

يعرف الناس فان كان العرف في ذلك الوقت حصول التفاوت بحيث [illegible] يجوز وان كان العرف في ذلك الوقت حصول التفاوت بحيث لا يجوز كما في دياره مصر وغيرها من الامصار يجب ان يعمل بمقتضى الرواية فلا يجوز السلم فيها بعد ذكر العدد الا مع تعيين المقدار الكون من قبيل البياض او امثاله قال المصنف وكما يجوز عدا في العددي المتقارب كيلا وقال زفر لا يجوز لانه ليس بكيل بل معدود وعنه لا يجوز عدا ايضا للتفاوت بين آحاده قلنا اما التفاوت فقد اهدر وهلا تفاوت اذ لا تفاوت في ماليته واما كونه معدودا فمسلم لكن لا يجوز كيله مع ان اعتبار المقدر ليس الا للضبط والضبط لم يتحصر في العدد بل يتعرف بطريق آخر فان قيل الكيل غير معدل فيه لما بقي بين كل جوزتين وبيضتين من التخلخل قلنا قد علمنا به وارضي به رب السلم فانا وقع السلم على مقدار مايملؤ هذا الكيل مع تخلخله وانما يمنع ذلك في اموال الربا اذا قوبلت بجنسها والمعدود ليس بمكيل واما كونه مكيلا مطلقا ليكون ربويا واذا اجزناه قيلا فوزنا اولى وكذا في الفلوس عددا اي يجوز السلم في الفلوس عددا هكذا ذكر محمد رحمه الله في الجامع من غير ذكر خلاف فكان هذا ظاهر الرواية عنه وقيل بل هذا قول ابي حنيفة واما ابي يوسف اما عنده فلا يجوز بدليل منعه بيع الفلس بالفلسين في باب الربا لانها اثمان وهذا ما اراد المصنف بقوله ذكرناه من قبل واذا كان اثمانا لم يجز السلم فيها على ما ذكرنا وروي عنه ابو الليث الخوارزمي ان السلم في الفلوس لا يجوز على وفق هذا التخريج لان ظاهر الرواية عنه الجواز والعرف له بين البيع والسلم ان من مرموز السلم كون المسلم فيه متقنا فاذا اقر ما على السلم فقد تضمن ابطالها اصطلاحها على التمنية وهو السلم فيها على الوجه الذي يتعامل فيه وهو العدد بخلاف البيع فانه يجوز وروده على الثمن فلا موجب لحزوجها فيه على التمنية فلا يجوز التفاضل فامتنع بيع الفلس بالفلسين وتضمن العرف المذكور جواب المصنف المذكور على تقدير التخريج للرواية وقولنا يصح السلم فيها على الوجه الذي اخره هو تقرير قول المصنف وما يعود وزنيا يعني اذا بطلت ثمنيتها لا يلزم خروجها عن العددية الى الوزنية اذ ليس من ضرورة عدم الثمنية عدم العددية كالجوز والبيض بل تبقى على الوجه الذي تعورف التعامل به فيها وهو العدد الا ان يهدد ره اهل العرف كما هو في زماننا فان الفلوس اثمان في زماننا وما قبل الاوزنا فلا يجوز السلم فيها الا وزنا في ديارنا في زماننا وقد كانت قبل من الاعصار عددية في ديارنا ايضا ولا يجوز السلم في الحيوان وابة كان اورقيقا وهو قول الثوري والاوزاعي وقال ان في مالك واحمد يجوز للعين والصفة اما المعين فلانه يصير معلوما اي منضبطا ببيان الجنس كفرس او ابل او عبد والسن كابن مخاض او عشاري والنوع كعربي ومخي وحبشي والصفة كاصفر واسمر وطويل وربعه والتفاوت بعد ذلك يسير وهو مغتفر بما جاء وانما لم يصح سلم اطلاقا كالغائب لو بلغ في تعريفه النهاية لا بد من تفاوت بينه وبين المرئي فان من جيد وجيد من الحنطة تفاوتا لا يخفى ان صدق اسم الجودة على كل منهما وكذا ابين ثوب دياج احمر وثوب دياج احمر فعلم ان التفاوت اليسير مغتفر شرعا فصار كالحيوان كالثياب والخيل واما النص فما روى ابو داود عن محمد ابن اسحق عن يزيد ابن ابي حبيب عن مسلم ابن جبير عن ابي سفين عن عمرو بن حريش عن عبد الله ابن عمرو بن العاص ان رسول الله صلى الله عليه وسلم امره ان يجهز جيشا فنفدت الابل فامره ان يأخذ على قلائص الصدقة وكان يأخذ البعير ببعيرين الى ابل الصدقة ورواه الحاكم وقال صحيح على شرط مسلم واخرج الطحاوي بسنده الى ابي رافع ان رسول الله صلى الله عليه وسلم استسلف من رجل بكرا فقدمت عليه ابل من ابل الصدقة فامر ابا رافع ان يقضي الرجل بكره فرجع اليه ابو رافع فقال لم اجد فيها الا جملا خيارا رباعيا فقال اعطه اياه ان خيار الناس احسنهم قضاء فدل على ثبوت الحيوان في الذمة وعن ابن عمر انه اشترى راحلة باربعة ابعرة يوفيها صاحبها بالربذة وبه رواية باربعة ابعرة مضمونة واستوصف بنو اسرائيل البقرة فوصفها الله تعالى لهم فعلموها بالوصف وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا لا يصف الرجل الرجل بين يدي امرأته حتى كأنه ينظر اليها ولا تصف المرأة المرأة بين يدي زوجها حتى كأنه ينظر اليها فقد جعل الموصوف كالمرئي وقد ثبت شرع الغرة وهي من الابل دية في الذمة وثبت مهرا في الذمة وصحت الدعوى بالحيوان الموصوف والشهادة به مع ان شرط الدعوى والشهادة كون المدعى والمشهود به معلوما قلنا اما المعنى فنمنع ان بعد الوصف في الحيوان يصير التفاوت يسيرا بل هو بعد ذلك مما يصير موهوما تفاوت فاحش فان العبدين المتساويين بيننا ولونا وجنسا يكون بينهما من التفاوت

كلاف النبات فانها مجموعة العدد بالة خاصة فاذا اتخذت لم تتفاوت الا يسيرا وكذا سن الجيدين من الحنطة مثلا بان خلق الله تعالى في غير الحيوان ذلك ولم يخلق الحيوان كذلك وقول المصنف رحمه الله فلما تفاوت التوبان اذا نسجا على منوال واحد اي بتفاوتان قليلا لعدم التفاوت اصلا كما هو استعمال قلما كان هذا الفعل اعني قل الخالف بالاستعمال للنفي كقوله وقلما وصال على طول الصدود يدوم ومعنى علمنا انه اراد قلة التفاوت وجب ان يحمل ما مصدرية والمعنى قل التفاوت ولا يخفى ما في قول غير واحد من الشارحين اذا اتحد الصانع والالة اتحد المصنوع من التساهل واما النص المذكور فقال ابن القطان هذا حديث ضعيف مضطرب الاسناد فرواه حماد بن سلمة هكذا ورواه جرير ابن حازم عن ابن اسحق فاسقط يزيد ابن ابي حبيب وقدم ابا سفيان على مسلم ابن جبير وذكر هذه الرواية الدارقطني ورواه عفان عن حماد بن سلمة فقال فيه علي ابن اسحق عن يزيد ابن ابي حبيب عن ابي سفين عن عمرو بن حريش ورواه عبد الاعلى عن ابن اسحق عن ابي سفين عن مسلم بن كثير عن عمرو بن حريش ورواه ابو بكر ابن ابي شيبة فاسقط يزيد ابن ابي حبيب وقدم ابا سفيان كما فعل جرير ابن حازم الا انه قال في مسلم بن جبير مسلم ابن كثير وهذا الاضطراب في عمرو بن حريش مجهول الحال ومسلم بن جبير لم احد له ذكرا ولا اعلمه في غير هذا الاسناد وابو سفين فيه نظر انتهى فلا حجة فيه مع انه معارض بما هو اقوى منه ونعوما اخرجه ابن حبان في صحيحه عن سفيان عن محمد عن يحيى ابن ابي كثير عن عكرمة عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ورواه عبد الرزاق تاما مختصرا به وكذا رواه الدارقطني والبزار قال البزار ليس في الباب اجل اسنادا من هذا وقول البيهقي انه عن عكرمة مرسل ليس بان منهم من رواه عن عمر كذلك كما مر هو مبني قوله الثاني في رحمه الله حديث النهي عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة غير ثابت للكن هذا غير مقبول بعد تصريح الثقات بان عباس كما ذكرنا وكذا رواه الطبراني في معجمه عن داود ابن عبد الرحمن العطار عن محمد به مسندا وغاية ما فيه تعارض الوصل والارسال من الثقات والحكم فيه للوصل كما عرف وقد تأيد بعد تصحيحه باحاديث من طرق منها ما اخرجه اصحاب السنن الاربعة عن الحسن عن سمرة ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة وقول البيهقي اكثر الحفاظ لا يثبتون سماع الحسن من سمرة معارض بتصحيح الترمذي له فانه فرع القول بسماعه منه مع ان الارسال عندنا وعند اكثر السلف لا يقدح مع انه قد يكون شاهدا مقويا ولا يضره الارسال وايضا اعتضد بالموصول السابق والمرسل الذي يرويه من ليس يروي عن رجال الا خر وحديث اخرجه الترمذي عن الحجاج ابن ارطاة عن ابي الزبير عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحيوان اثنين بواحد لا يصح نساء ولا بأس به يدا بيد قال الترمذي حديث حسن كأنه للاختلاف في الحجاج ابن ارطاة وحديث اخرجه الطبراني عن ابن عمر لكن سواء وقول البخاري مرسل وجوابه على نحو ما ذكرناه انفا وتضعيف ابن معين لمحمد ابن دينار لا يضر لذلك ايضا واخرج الامام احمد ثنا حسين بن محمد ثنا خلف بن خليفة عن ابي جناب عن ابيه عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تبيعوا الدينار بالدينار ولا الدرهم بالدرهمين فقال رجل يا رسول الله ارايت الرجل يبيع العرس بالاعراس والنجيبة بالمائة فقال لا بأس اذا كان يدا بيد وحمل هذه الاحاديث على ان المنهي عنه اذا كان النساء من الجانبين حتى يكون بيع الحيوان بالحيوان نسيئة للاعم فانه اعم من ذلك فلا يجوز المصير اليه بلا موجب وقال المصنف صح ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع السلف في الحيوان هو ما اخرجه الحاكم والدارقطني عن اسحق ابن ابراهيم ابن جوين ثنا عبد الملك الرماني ثنا سفين الثوري عن سمرة عن يحيى ابن ابي كثير عن عكرمة عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن السلف في الحيوان وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه وتضعيف ابن معين ابن جوين فيه فظلم ثم بعد تقدم ما ذكرنا من الطرق الصحيحة والحسان مما هو نص في معناه يرفعه الى ان يجيء له ما يعرف من من الحديث ولذا يجب ان يرجح على حديث ابي رافع ان صح لانه اقوى سندا اعني حديث ابن جبان ونعم المانع يرجح على المبيح وفي الباب اثر ابي حنيفة عن حماد ابن ابي سليمان عن ابراهيم النخعي قال دفع عبد الله ابن مسعود الى زيد ابن خويلد الكذي مالا مضاربة فاسلم زيد الى عتريس ابن عرقوب الشيباني في فلاس فلما اهلت اهد بعضا وبقي بعض فاعسر عتريس وبلغ ان المال لعبد الله فاتاه ليسترفقه فقال عبد الله افعل زيد قال نعم فارسل اليه يسأله فقال عبد الله اردد ما اقد

انما يروي عنه بواسطة علقمة او الاسود الا ان هذا يرد فاح عندنا خصوصا من ابراهيم النخعي فقوله تعاضد
الاحاديث والطرق عن ابن عباس وسمرة وجابر وغيرهم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في المطلوب وما ذكروا من موزونة
البوزة بالوصف فانما ذكره الله تعالى ليتم اوصافها فاما ظاهرة ليطبق عليها معين موجود فاشتراك في ان هذا انما تحصل به المعرفة
ولا منافاة في انه يمتنع معه التفاوت الفاحش مطلقا ممنوعا واما منعه صلى الله عليه وسلم وصف الوصل الحديث فلخوف
الفتنة على السامع وهي لا تتوقف على انتفاء التفاوت الفاحش بين الوصف والمشخص واما ثبوته في الذمة في
المهر والدية ونحوهما فلا نا لحيوان فيه ليس متقابلا بما لا ظاهر فيجري فيه المساهلة بخلاف ما هو قبال مال فانه
يجري فيه المشاحة فجرينا على موجب ذلك وقلنا ما وقع من الحيوان مقابل مال كالمبيع منه لا يجوز ان يثبت في الذمة
لما يجري فيه من المشاحة عادة بخلاف غيره كالمهر وما معه فانه ليس عوضا عن مال خرج من يد الآخر فيجوز فعلنا
بالاثار فيها ولقائل ان يقول لكون التفاوت بعد الاوصاف بيني فاحشا لا يضر لان ذلك باعتبار الباطن ولا يلزم
المسلم اليه سوى ما تضمن ما ذكر من الاوصاف الظاهرة فاذا انطبق المذكور منها على ما يود به المسلم اليه حكم عليه
بقبوله سواء كان التفاوت قليلا بحسب الباطن او كثيرا الان المعقود عليه ليس الا الموصوف فقط ثم لو عين من
الصفات الذكاء وجودة الفهم والاخلاق الحسنة بمنع انه لا يجوز لان ذلك لا يعرف الا بعد زمان الاختبار وبعده
تجري المنازعة في ان اخلاقه ما هي وفي تحريرها فائدة المشرع في ابطال السلم في الحيوان ليس الا السنة وهكذا قال
محمد ابن الحسن لما سأله عمر بن ابي عمر قال قلت له انا لا نجوز في الحيوان لانه غير مضبوط بالوصف
قال لا فانا نجوز السلم في الذبايح ولا نجوز في العصافير ولعل ضبط العصافير بالوصف اهون من ضبط الذبايح
ولكنه بالسنة وفي مبسوط شيخ الاسلام والعصافير وان كانت من العدديات المتقاربة لكنه في معنى المنقطع
لانها مما لا تنفكف والحبس للتوالد وقد لا يتيسر اخذه ولا رجحان اخذه ليقام مقام الوجود بخلاف السمك
الطري لرجحان امكان اخذه وهذا تقتضي جواز السلم فيما يعتني منها كالحمام والقمري وهو خلاف المنصوص عن محمد
وقد روي عن ابي يوسف ان ما لا تتفاوت احاده كالعصافير يجوز السلم فيها وفي نحوها وهو متعلل على الدليل لانا
ان عللناه بعدم الضبط فالعرف لعين النص لا لمعنى النص وانا عتبرنا عمومه وجب ان لا يجوز فان قيل فالسمك الطري
مخصوص من عموم الحيوان فجاز في العصافير قياسا على الثياب بعلة التفاوت قلنا انما يتم لو شرط صحة السمك
الطري في السلم فيه وليس كذلك بل لئن ما كان حتى لو شرط ذلك كان لنا ان نمنع صحة السلم فيه وفي
الطرافة اي لا يجوز السلم في اطراف الحيوان كالرؤس والاكارع وهو جمع كراع وهو ما دون الركبة في الدواب قيل
المنع مبني على منع السلم في الحيوان وهذه ابعاضه وليس بشيء لانها يصدق عليها الحيوان ان كان النهي تعبدا او
المعنى ان كان معللا بالتفاوت الفاحش لان ذلك انما يكون في حالة الجمع وكان يلزم ان لا يجوز في الجلود
لكنه جايز بذكر الطول والعرض والنوع والجودة وكذا يجوز السلم في الجلود وزنا والصنف انما ذكر في بعضه
انها عددي متفاوتة والمعتمد لها فامتنع السلم عددا او غير عدد لانها المعتمد وعندي لا باس بالسلم في الرؤس
والاكارع وزنا بعد ذكر النوع وبا في الشروط فان الاكارع والرؤس من جنس واحد حينئذ تتفاوت تفاوتا فاحشا
السلم فيها وزنا لاتحاد جنسها وتفاوت احادها وقول مالك بجوازه عددا بعد ذكر النوع لخفة التفاوت
جيد لكن يزاد انها رؤس عجاجيل او ابقار كبار ونحو ذلك فان التفاوت بعد ذلك يسير وفي الجلود عددا وكذا
الاختتاب والحجفات والقراء والثياب المخيطة والخفاف والفلانس الا ان يذكر العدد لتقعد المعقد
في السلم فيه منطا لكيته ثم يذكر ما يتعلق به الضبط كان يذكر في الجلود مقدار اس الطول والعرض بعد النوع
كجلود الغنم او البقر وكذا في الاديم يقول طايفي او برغالي وفي الخشب طوله وغلظه ونوعه كسنط او حور
ونحو وقول بعضهم يجوز في الكاغد عددا محمول على ما بعده تسميه طوله وعرضه وثخنه ورقته ونوعه
الا ان يعني ذكر نسبته عن قدره كورق حموي وفي الجوالق طوله وسعته وكذا كل ما كان مميزا له عن غيره
فالحاصل اشتراك وكذا لا يجوز في الحطب حزما ولا في الرطبة جرزا للتفاوت الا اذا عرف عرفا ذلك بان بين طول

العود ولو قدر بالوزن في الحمل جاز وفي غيره كان لا يتعاملوا فيه وليس الحزمي ان يجوز السلم فيه لما لا يجوز هذا
والطيب وكون العرف في شيء من بعض المقدرات لا يمنع ان يتعامل فيه بعقد لا خر بصطلحان عليه الا ان يمنع منه
مانع شرعي كما قلنا في البيع فلا وعنده كان ظاهر المذهب جواز السلم في الحنطة وزنا خلاف ما اذا قوبل بخو الحنطة بجنسه
وزنا وهو كيل لما عرف في باب الربا اما السلم فليس يلزم فيه ذلك لان راس السلم في الحنطة لا يكون حنطة وقد
رضيا بضبطه وزنا فلا يضر تفاوت الحنطتين المتحدتين الوزن كيلا وبهذا يضعف رواية الحسن عن ابي حنيفة انه لا يجوز
في الحنطة وزنا وذكر قاضي خان ان الفتوى على الجواز لتعامل الناس ويجوز السلم في الفالوذ وزنا والرطبة العصيد بجوز
بضم الجيم وفتح الراء المهملة جمع جزرة وهي الحزمة من الرطبة كحزمة الريحان ونحوه واما الجزر بكسر الجيم وزاي
اولها معجمة فجمع جزة وهي الصوف المجزوز ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا من حين العقد الى حين
المحل بكسر الحاء مصدر ميمي من الحلول حتى لو كان منقطعا عند العقد وموجودا عند المحل او على العكس او منقطعا بين
ذلك وهو موجود عند العقد والمحل لا يجوز وهو قول الاوزاعي وقال الشافعي ومالك واحمد واسحق اذا كان موجودا
عند المحل جاز وان كان منقطعا وقت العقد او بينهما لان اشتراط الوجود للتقدر على التسليم وهو بالوجود وقت المحل
فاشتراطه في غير ذلك بلا موجب بل دليل نفيه عدم دليل وجوبه لان نفي المدرك الشرعي يكفي لنفي الحكم الشرعي
ولهم ايضا اطلاق الحديث المتقدم اعني انه صلى الله عليه وسلم قدم المدينة فوجدهم يسلفون في الثمر السنة والسنتين
والثلث فاقتضى في بيان الشرط الشرعي فلم يزد على قوله من اسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم فلو كان
عدم الانقطاع شرطا بينه وحين لم يبينه لم يثبت بل لزم انه ليس بشرط بسكوته عنه بعد شروعه في بيان
ما هو شرط على ما عرف في مثله قلنا بل فيه مدرك شرعي وهو ما رواه ابو داود وابن ماجه واللفظ له عن ابن اسحق
عن رجل من بني فزارة قلت لعبد الله ابن عمر اسلم في نخل قبل ان تطلع فقال لا قلت لم قال لان رجلا اسلم في حديقة نخل على عهد
رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل ان تطلع النخل فلم يطلع النخل شيئا ذلك العام فقال المستمري أخرك حتى تطلع قال البايع اما
النخل هذه السنة فاختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال للبايع اتذر من نخلك شيئا قال لا قال بم تستحل ماله
اردد عليه ما اخذت منه ولا تسلموا في نخل حتى يبدو صلاحها وفيه مجهول كما رايت والحديث المعروف وهو انه صلى الله
عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها وجه الدلالة انه اولا يصدق على السلم اذا وقع قبل الصلاح انه بيع ثمرة
قبل بدو صلاحها فيكون منهيا وللنهي دليل عليه ما اخرج البخاري عن ابن البختري سالت ابن عمر عن السلم في النخل
فقال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع النخل حتى تصلح وعن بيع الورق نساء بناجز وسالت ابن عباس عن السلم في النخل
قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع النخل حتى يوكل منه فقد ثبت عن هذين الصحابيين الكبيرين في العلم والتتبع
انما فهما من نهيه عن بيع النخل حتى يصلح بيع السلم فقد دل الحديث على اشتراط وجوده عند العقد والاتفاق على اشتراط
عند المحل فلزم اشتراط وجوده عند هما على خلاف قولهم واما لزوم وجوده بينهما فانما لعدم القايل بالفصل لان الثابت
قايلان قايل باشتراطه عند المحل فقط وقايل عندهما وفيما بينهما فالقول باشتراطه عندهما لا غير اجماعا فترك
او نقول ذلك بتعليل النص على اشتراطه عند العقد مع ان الاداء متاخر عنه فلا يضطر اليه عنده بان اشتراطه للقدرة
على التسليم ظاهر لان الظاهر استمرار الموجود وبالاستمرار يتمكن من التحصيل فان اعتاد السلم منقطع العدم وبالاعتداد بذلك
منقطع التحصيل شيئا فشيئا في مدة الاجل وباعتبار المظنة تناط الاحكام ولا يلتفت الى كون بعض من يسلم اليه قد يحصله دفعة
عند حلول الاجل كالزراع واهل النخل فان ما يسلم فيه لا يحصى والكثير مما يحصل المسلم فيه بدفعات اراب المسلم اليه
في الجلود ايذبح عند حلول الاجل الفراس ليعطي جلودها لرب السلم وكذا الاسماك المالحة والثياب والاخشاب والاحطاب
والاعسال والمشاهد في بعض من له نخل او زيتون ان ياخذ في الكثير ما يتحصل له ليعطي ما يحق له وليشرط الباقي وكثير
ياخذون ليستعينوا به في راس المال وينفقون من فضل الكسب على عيالهم ويعملوا المسلم فيه قليلا قليلا الا ان وضع
السلم شرعا لاعتبار ظن ما ذكرنا فيكون هو السبب في اشتراط الشرع وجوده عند العقد غير الانقطاع الذي يفسد العقد
ان لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وان كان يوجد في البيوت ذكر ابو بكر البلخي وتوارد عليه وفي المبسوط

اي اليسر او انقطع في اقليم دون اقليم لم يصح السلم في الاول بوجد انه لا يتصل الا منقطعة فيه وعن
التسليم حتى لو اسلم في الرطب بخاري لا يجوز وان كان بسمرقند وارادا [illegible] يجوز حلول الاجل قبل التسليم
لا يبطل العقد لكن رب السلم بالخيار ان شاء فسخ وان شاء انتظر وجوده وقال زفر يبطل العقد وهو قول الشافعي
ورواية عن الكرخي للعجز عن التسليم قبل القبض فصار كما لو هلك المبيع قبل القبض في البيع المعين فانه ينتقض
في غير محله لانه بقي عند فواته كما لو اشتري بفلوس ثم كسدت قبل القبض يبطل العقد فكذا هنا ولنا ان السلم قد صح
ثم تعذر التسليم بعارض على شرف الزوال فيتخير المشتري كما لو ابق المبيع قبل القبض وهذا لان المعقود عليه هنا دين
ومحل الدين الذمة وهي باقية فيبقى الدين بحاله وانما تأخر التسليم اذ كان وجوده مرجوا بخلاف المبيع العين
فان بهلاكه ينعدم محل العقد وكذا الفلوس اذا كسدت فانها وان كانت في الذمة لكن الثمن الثابت فيها فلوس
هي اثمان ولا وجود لها بعد الكساد فينعدم المحل ثم ليس هو على شرف الزوال بل الظاهر استمراره على الوجود بخلاف
ما تخلف فيه لان ادراك الزرع والثمار اوانا معلوما وكذا العنب ها اوان يكثر وجودها فيه من السنة برخص
ويجوز السلم في السمك الماح وزنا معلوما وصرباما معلوما بان يقول بوري او راي وفي اسماك الاسكندرية الشفش والدرنيس
وغيرها الا انه هناك معلوم القدر مضبوط الصفة موجود التسليم ولا يجوز السلم فيه عددا للتفاوت واما الصغار فيجوز
فيه وزنا وكيلا وسواء فيه الطري والمالح في الحنه وفي المغرب سمك مليح ومملوح وهو المعتاد الذي فيه الملح ولا يقال اماج
الا في لغة رديئة قال بعض الشارحين لكن قال ابن عمر بن بقرية تزوجت بصريا اطعم الماح والطريا ثم نقل عن بعض
الشارح قوله وكفى بذلك حجة للغة وظاهر هذا الاستدراك انه ليس بردي ولم يجد سوى هذا البيت وهو لا ينافي قول المغرب
الاماج لغة رديئة وليس لهذا الاستدراك فائدة بل قال ابن دريد ملح مليح ولا تلتفتن الى قول الراجز اطعم الماح والطريا
ذا المولد لا يؤخذ بلغته واما الطري فيجوز في وجوده وزنا ايضا فان كان ينقطع في بعض السنة كما قيل انه ينقطع في الشتا
في بعض البلاد فلا يتعقد في الشتا ولو اسلم في الصيف وجب ان يكون منتهى الاجل ما يبلغ الشتا وهذا معنى قول محمد اخيرا في
السلم في السمك الطري الا في حينه يعني ان يكون السلم مؤقتا بوقت حينه كيلا ينقطع بين العقد والحلول او ان كان في بلد
لا ينقطع جاز مطلقا ووزنا العدد الماذكرنا من التفاوت في احاده وعن ابي حنيفة في الحيتان التي تقطع اللحم لا يجوز السلم فيه
كما اختاره ابو السلم في اللحم فانه يمنع السلم في اللحم وعن ابي يوسف منع السلم في الحيتان وروى ابن سماعة عن محمد
يكتفي باعلام موضع القطع الجنب والظهر او الفخذ وابتائي في السمك وذلك وطعن بعضهم على محمد في قوله في حينه ان الاصطياد
يتحقق في كل حين مدفوع بان الانقطاع عدم الوجود في بعض البلاد وفي بعض السنة وهو لا يستلزم عدم الاصطياد
ليرد ما ذكر [illegible] واختلفوا في السلم في اللحم وهذه العبارة تأبى ذلك فيه لانه لا خير في استقراض الخبز وقول
من قال ان المجتهد يقوله فيما يستحسن من الحكم بالرأي مخرج عن القطع في حكم الله بالرأي بعيد وكل الاحكام القياسية
المظنونة معبر عنها في الفقه بلا يجوز كذا او يجوز كذا ومما من هذا القبيل لانه قد استقر عند اهل العلم انها مظنونة
لانقطاعات وايضا المجتهد قاطع بان حكم الله في حقه ذلك وقالا اذا وصف من اللحم موضعا معلوما وصفة معلومة
لكونه ذكرا خصيا وسمنا بعد ان من جنسه من نحو الضان وسنة تتحدد من الفخذ او الكتف او الجنب مائة رطل
جاز وفي الخانية والعون الفتوى على قولهما وهذا على الاصح من ثبوت الخلاف بينهم وقد قيل لا خلاف لمنع
ابي حنيفة فيما اذا اطلق السلم في اللحم وقولهما اذا بينا ما ذكرنا وجهه انه موزون في عادة الناس مضبوط بما ذكرنا
من الوصف وقوله ولهذا يضمن بالمثل الاستدلال على كونه موزونا ولذا كونه مضمونا بالمثل جاز الاستقراض
وما ذكرنا من العادة المستمرة فيه في سائر الاقطار قاطع فيه وما فيه من العظم غير مانع لانه اذا سمى موضعا معلوما
انه فيه عظم كان تراضيا على قطعه بما تضمنه من العظم وانه ثابت باصل الخلقة كالنوى في التمر ولذا جاز
السلم في الالية مع انها لا تخلو عن عظم والسلم فيما وقع التنصيص بالاجماع على خلافه كلحم الطيور لانه لا يمكن وصف موضع منه
لان عضو الطير صغير وهذا ظاهر في منعه مطلقا وحاصل الكلام فيه ان ما لم يصد من الطيور لا يجوز السلم فيه وكذا
في لحمه وما صيد قيل هو على الخلاف عندهما يجوز وعنده لا يجوز وقيل يجوز عندكل لان ما فيه من العظم لا يعتبر
الناس وهو الصحيح فيجب ان يكون محل ما في الكتاب من المنع مطلقا في مخلوع العظم فان العلة حينئذ ثابتة فتجب

ما السلم فيه ما يكون طول من لحم الدجاج مثلا ان يعلق [illegible] لكونه بعظم فان بين الناس من لا يجد الصدر ونحوه فيقول
او راكا او غير الصدر او بيض على صدورها او اوراكها ما ان طلق فقال من لحم الدجاج السمين يجب ان لا يجوز للمنازعة
بسبب ما ذكرنا من اختلاف اغراض الناس وابي حنيفة رضي الله عنه وجهان احدهما انه يتيسر سلما في المجهول لتفاوت اللحم
قلة العظم وكثرته بخلاف لحم السمك فان مضمونه من العظم قليل معلوم اهداره بين الناس ولنا هو فرق بين لحم السمك
وغيره وقولها اذا سمى موضعا كان تراضيا على قطع ما تضمنه من العظم قلت المتعارف في بيع اللحم حالا بعظمه جريان
المماكسة بين البائع والمشتري في العظم حتى ان المشتري ليستكثره فيأمره بنزع بعضه والجزار يدسه عليه فكيف
في الموجل المتأخر التسليم ويحمل هذا الوجه جواز السلم في مخلوع العظم وهو رواية الحسن عنه ثانيها انه يختلف بحسب
الفصول سمنا وهزالا فلو سمى السمين فقد يكون انهى الاجل في فصل الهزال فحاصل هذا الوجه انه سلم في المنقطع وعلى هذا
لا يجوز في مخلوع العظم وهو رواية ابن سماعة عنه قال المصنف وهو الاصح لان الحكم المعلل بعلتين يثبت مع
احديهما كما ثبت معهما وقولها يضمن بالمثل ممنوع بما ذكر في باب الاستحقاق من الجامع الكبير فيمن غصب لحما فشواه
ثم استحقه رجلا لا يسقط ضمان الغصب والمغصوب منه ان يضمنه قيمة اللحم قبل ولا يوجد رواية بانه مثلي وان القيم
الاصناف في الجامع الكبير لكن ذكر صاحب الفتاوى الصغرى انه ابو يوسف وسط غصب المنتقى انا ابو يوسف روى عن ابي حنيفة
اذا استهلك لحما قال عليه قيمته وحل عبارة المصنف ان القبض في قبض اللحم الغرض يعاين فيعرف مثله بخلاف المعوض
اما السلم فليس فيه معوض معاين بل مجرد وصف فلا يكتفى به لما ذكرنا وكذا الاستقراض وزنا ايضا ممنوع بما ذكر
مذهبها وبعد التسليم اي تسليم ان ضمان اللحم بالمثل كما اختاره الاسبيجابي انه يضمن بالمثل للحيوان ينقطع عن ايدي الناس
وهو الوجه لان حرمان زيد الفضل فيه قاطع في انه مثلي فيفرق بين الضان والسلم بان المعادلة في الضان منوطة
عليها وتمام المعادلة بالمثل فانه مثل صورة ومعنى اما القيمة لمثل معنى فقط لان الموجب الاصلي رد العين والمثل اقرب
الى العين بخلاف القيمة وكذا بتقدير تسليم استقراضه فالفرق بين السلم والقرض ان القبض في القرض معاين بخلاف
ما لم يكن اعتبار المقبوض ثانيا بالاول اما السلم فانما يتبع على الموصوف في الذمة وبالوصف عند العقد لا يوقف مطابقته
للموجود عند القبض لعجزه عن معرفة مطابقته بعد رديته المقبوض الوجب المثل وهذا معنى قوله اما الوصف فلا يكتفى به اي
لا يكتفى بالوصف في معرفة الموافقة بين الموصوف والمقبوض كما هو بين المعوض اذ هو المقبوض ثانيا ولما اهدر الشارع
في باب الربا كون الجودة فارقا ثبت الربا بين لحمي يوع متفاضلا وان اختلف موضعها كلحم فخذ مع لحم ضلع
ويجوز السلم الى موجل وهو مذهب مالك واحد وقال ان في رحمه لا يجوز السلم الحال بان يقول مثلا اسلمت هذه
العشرة في كر حنطة صفته كذا وكذا الى اجل كذا وبه قال عطاء وابو ثور وابن المنذر والاطلاق النص وهو قوله
ورضي في السلم والظاهر انهم لا يستدلون به لانهم اهل حديث وهذا لا يثبت الامن علم الفقه وانا الوجه عندهم
انه لا دليل في اشتراط الاجل فوجب نفيه وربما استدلوا على نفيه بانه لو شرط الاجل لكان لتحصيل القدرة على
التسليم التي هي شرط جواز العقد وهي ثابتة والظاهر من حال العاقد انه لا يلتزم تسليم ما لا يقدر عليه والغرض وجود
المسلم فيه فيقدر عليه ولو لم يكن قادرا حقيقة فقد ثبتت قدرته بما دخل في يده من رأس المال فهذا وجه تسليم
رأس المال بخلاف الكتابة الحالة فان العبد خرج بالكتابة من يد مولاه من غير ان يدخل في ملكه شيء فلا يصير قادرا
على تسليم بدل الكتابة واما استدلالهم بقوله صلى الله عليه وسلم من اسلم منكم في شيء فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم
الى اجل معلوم فليس معناه الامر بالتأجيل في السلم فيمنع الحال بل معناه من اسلم في مكيل فليسلم في كيل معلوم او في
موزون فليسلم في وزن معلوم او الى اجل فليكن الى اجل معلوم لانه لو لم يكن كذلك لكان ايضا امرا بان يكون
السلم في مكيل وموزون فلم يجز في العدد والذروع لان النسق في الفصول الثلاثة واحد ونحن نقول
لا نسلم ان اهل الاجماع فاطبة على اخراجه من ذلك الحكم العام للترخيص للغنا ليس المحتاجين الى النفقة عاجلة قادرين
على البدل بقدرة آجلة فلا يتحقق محل الرخصة الامع ذكر الاجل فلا يجوز في غيره وكونه قادرا حال العقد لم يتحقق المبيع
في حقه ولما كان جوازه للحاجة وهي باطنة ابيط بامر ظاهر كما هو المستمر في قواعد الشرع كالسفر للمشقة ونحوه
وهو ذكر الاجل فلم يلتفت بعد ذلك الى كون المبيع معدوما او من عند المسلم اليه حقيقة او موجودا قادرا هو عليه

الضعيف ولو كان فاحشا وقال الشافعي رحمه الله لا يصح السلم في الرقيق لانه غرر لاختلاف الناس في اسلم وقيمة الصغير في الكمال اقل منه في الجارية بعد ما ذكرنا لا يعد شيئا التحق بما بين من ثمنيه قدر فاحشا المختلف للتفاوت العاجز عن العوض في الحال فان الغرر قد يحمل فيه لتلك الحاجة وهي متفية في السلم الحال والاجل ادناه شهر لما ذكره في التحفة لا رواية عن اصحابنا رضوان الله عليهم في المبسوط في مقدار الاجل واختلفت الروايات عنهم والاصح ما روي عن محمد انه مقدر بالشهر لانه ادنى الاجل واقصى العاجز وقال الصدر الشهيد الصحيح ما روي عن الكرخي انه مقدار ما يمكن تحصيل المسلم فيه وهو جدير ان لا يصح لانه ضابط مجهول فيه وكذا ما عن الكرخي من رواية اخرى انه ينتظر الى مقدار المسلم فيه والى عرف الناس في تاجيل مثله كل هذا يفتح فيه المنازعات بخلاف المقدار المعين من الزمان وفي الايضاح فان قدر انصف يوم جاز ومعض اصحابنا قدروا بثلثة ايام استدلالا بمدة خيار الشرط ولين بصحيح لان التقدير فيه بالثلاث بيان ادنى المدة فاما ادناه فغير مقدر بالثلث والتقدير بالثلث مروي عن الشيخ ابي جعفر احمد بن الاعمش استاذ الطحاوي وصحح المصنف الاول لانه مروي عن محمد ولانه ماخوذ من مسئلة اليمين وهي ما اذا حلف ليقضينه دينه عاجلا فقضاه قبل تمام الشهر بر في يمينه فكان ما دون الشهر في حكم العاجل فالشهر وما فوقه اجل قالوا وعليه الفتوى ويجوز السلم بمكيال رجل بعينه وبذراع رجل بعينه قال المصنف معناه اذا كان لا يعرف مقداره اما اذا عرف فيجوز لضبط المقدار الموتلف ذلك المكيال والذراع وانما لا يجوز لما ذكرنا من احتمال هلاك ما قدر به فيتعذر الايفاء قال وقد مر من قبيل بريد اول كتاب البيوع وهو قوله ويجوز البيع بانا بعينه لا يعرف مقداره ووزن محجر بعينه الى ان قال بخلاف السلم الى اخره وقد روي عن ابي حنيفة انه لا يجوز ايضا في بيع العين بالعين لانه بيع ليس بعاقلة ولا مجازفة وبيع الحنطة انما يجوز على احدهما والصحيح الاول والحصر ممنوع وتقدير التسليم فهذا بيع مجازفة ثم لا بد ان يكون المكيال مما لا ينقبض ويبسط كالقناع والحديد والخزف مثلا فان كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والغرارة لا يجوز للمنازعة عند التسليم الا في ثوب المافي روي عن ابي يوسف للتعامل فيه فانه اجازه وهو ان يشتري من سقا كذا كذا قربة من ماء النيل او غير ذلك مثلا بهذه القربة وعينها جاز البيع ومقتضى القاعدة المذكورة ان لا يجوز اذا عينا هذه القربة ولكن سمعنا رطا والزنبيل بالفتح بلا تشديد وبالكسر مشددا الباء ويقال زنبيل ايضا وفي طعام قرية بعينها كحنطة بلدة الغميصين او الحملة ببلاد مصر او ثمرة نخلة بعينها او بستان بعينه لانه قد تعتريه آفة فتنتفي قدرة التسليم قال المصنف عليه السلام اشار صلى الله عليه وسلم ارايت لو ذهب الله ثمرة هذا البستان بم يستحل احدكم مال اخيه فان معنى هذا انه لا يستحق بهذا البيع ثمنا ان لم يخرج ذلك البستان شيئا فكان في بيع ثمر هذا البستان عزا للانتفاع فلا يبقى خلاف ما اذا السلم في حنطة صعيدية او شامية فان احتمال ان لا ينبت في الاقليم برمته حتى ضعيف فلا يبلغ الغرر المانع من الصحة فيجوز فهذا الحديث يفيد عدم صحة البيع سواء كان وروده في السلم او في البيع مطلقا والواقع ان معناه ورد في السلم وفي البيع اما في السلم فما قدمناه من حديث ابي داود وابن ماجة في الذي اسلم في تلك الحديقة النخل فلم تطلع شيئا فاراد المسلم اليه ان يمنعه الثمن الذي كان اخذه وقال انا النخل هذه السنة حيث قال له صلى الله عليه وسلم اخذت نخلك شيئا قال لا قال لم تستحل ماله اردد عليه ما اخذت منه الحديث واما ما في مسلم عن جابر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لو بعت من اخيك ثمرا فاصابته جائحة فلا يحل لك ان تاخذ منه شيئا بم تاخذ مال اخيك بغير حق فيصدق على كل من السلم والبيع ويمكن ان يكون دليلا لمن يقول ان هلاك المبيع يبطل البيع ويوجب رد الثمن فهو دليل هن للسلة ايضا وفي الصحيحين عن انس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ان لم يثمرها الله فبم يستحل احدكم مال اخيه هذا فلو كانت نسبة الثمن الى قرية معينة لبيان الصفة لا للتعيين الخارج من ارضها بعينه كما لخنطة ابي بخاري والسائح وهي قرية حنطتها جيدة بنوعانة لا بانبر لانه لا يراد خصوص الثابت هنا بل الاقليم والا يتوهم انقطاع الحنطة هناك لانها اقليم وكذا اذا قال من حنطة هراة بريد هراة خراسان ويتوهم انقطاع طعام اقليم بكماله فالسلم فيه وفي طعام العراق والشام سواء وكذا في ديارنا فتح الصعيد والذي في الخلاصة ذكر معناه في المجتبى وفي غرر لو اسلم في حنطة بخارى او حنطة سمرقند او اسبيجاب لا يجوز لتوهم انقطاعه ولو اسلم في حنطة هراة لا يجوز او في ثوب

المطلق وهو ما يستوي فيه الاقطار لا يجوز لاختلاف اطراف البلد في الجيد والرديء كان ولنا قوله الله في ثوب هروي شرب نسج في غير وابتهراة من جنس المروي يعني من ضيعته وموضعه بجبر رب السلم في قوله مظهرا للمانع والمقتضى العرف فان تعورف كون النسبة لبيان الصفة فقط جاز والا فلا بينه ما في الخلاصة قال لو كان ذكر النسبة لبيان الصفة لا لتعيين المكان كالخشمراني فانه يذكر لبيان الجودة لا يفسد السلم وان كان يتوهم انقطاع حنطة ذلك الموضع مثل الثوب جاز السلم والا لا اما السلم في الحنطة الصعيدية والعراقية والشامية فلا شك في جوازه وكذا في شرح الطحاوي لو اسلم في حنطة حديثة قبل حدوثها فالسلم باطل لانها منقطعة في الحال وكونها موجودة في وقت العقد لا في وقت المحل يشترط لصحة السلم ويصح السلم عند ابي حنيفة رضي الله عنه الا بسبع شرائط تذكر في العقد واما عندهما فهي احد عشر الاول والثاني كما ان السلم شروطا غيرها ولكن لا تشترط لصحة السلم ذكرها في العقد بل وجودها وشرائط جمع شروطه فكل واحد منها اعتبار خاص والمعروف من النسخ ليس الا المشهور وسبع شرائط جنس معلوم كحنطة شعير ونوع معلوم كسقية وهي ما تسقى سيحا او بنحيه وهي ما تسقى بالمطر نسبت الى السحاب لانها محبوسة الخط من الماء بالنسبة الى السيح غالبا او صفة معلومة كجيد ردي وسط مشعر سالم من الشعير ومقدار معلوم كذا كيلا بمكيال معلوم فهذه اربعة تشترط في كل من راس المال والمسلم فيه فهي ثمانية بالتفصيل فان ما يجوز كونه مسلما فيه يجوز كونه راس مال السلم ولا ينعكس فان النقود تكون راس مال دائما ولا تكون مسلما فيه والاصل الذي في اشتراط هذه الخمسة ما رويناه يعني قوله صلى الله عليه وسلم من اسلم منكم الحديث نص على شرطي القدر المعلوم والاجل المعلوم وثبت باقي الخمسة بالدلائل لظهور ارادة الضبط الثاني للمنازعة وقوله والفقه ما بيناه يعني قوله ولان الجهالة مفضية الى المنازعة والسادس ذكر مقدار راس المال اذا كان راس المال مما يتعلق العقد على قدره يعني ينقسم اجزاء المسلم فيه على اجزائه وهو ان يكون الثمن من المكيلات او الموزونات او المعدودات المتقاربة وهذا شرط في المسلم فيه اتفاقا فصارت احد عشر شرطا والثاني عشر تسمية مكان لا يفاء وهو يخص المسلم فيه والثالث عشر ان لا يشمل البدلين احدى علتي الربا للحال اتفاقا احدهما حرم النساء والاخر ان لا يكون فيه خيار شرط والرابع عشر ان يتعين المسلم فيه بالتعيين فلا يصح السلم في الدراهم والدنانير وتقدم في التبر روايتان والخامس عشر انتفاء الثمن على قول ابي حنيفة كذا ذكرنا تبعا لصدر الشريعة والسادس عشر اشتراط الاجل اعلام قدره والسابع تسمية المكان الذي يوفيه فيه اذا كان للمسلم فيه حمل ومونة اذا كان ثقله يحتاج الى اجرة حمل ونحو ثقله ويحتاج الى تسمية راس المال اذا كان معينا بقبضه دفعة والا فلا يشترط تسليم المسلم فيه في موضع العقد فهو ان مسلمان كوفيان سلما وبينهما وبنوله قال مالك واحمد والشافعي في قوله الاول ان المقصود من اعلام قدر راس المال وهو التسليم لا منازعة تحصل بالاشارة الى العين الثمن المجلس ما يغني عن اعلام قدره وصار كثمن المبيع المعجل والاجرة المعجلة في الاجارة والمضاربة اذا دفع الى آخر دراهم معينة غير معلوم مقدارها مضاربة بالنصف فانه جائز وكراس المال الذي لا ينقسم المسلم فيه عليه كالثوب والعبد فانه لا يشترط فيه اعلام كيفية ذرعانه بلا خلاف وله ما روي عن ابن عمر انه قال به وقول العشرة من الصحابة مقدم على القياس والقياس على السلم فيه بجامع انه عوض تناوله عقد السلم وان جهالة قدر المسلم فيه مانع اتفاقا وجهالة راس المال مودية الى المنازعة لجواز ان يمتنع شرعا بيان تاديته اليه انه ربما تنفق ان منفق راس المال كما ينفقه المحتاجون اورب ما يظهر فيه زيوف فيختار الاستبدال به ورده وقد يكون اكثر راس المال زيفا فانه اذا رده واستبدل به في المجلس يفسد السلم عند ابي حنيفة لانه لا يجيز الاستبدال في اكثر من النصف خلافا لهما وقد لا ينفق الاستبدال بها في مجلس الرد فينفسخ العقد في مقدار ذلك فاذا لم يكن قدر المكيل معلوما لم يدر كم انفسخ وبقي فيصير المسلم فيه مجهول المقدار ولذا لو استحق بعضه يلزم هذا ايضا وهذا وان كان موهوما فالموهوم في هذا العقد له حكم المعلوم لشرعه مع المنافي وهو كون المبيع معدوما فان ما يشرع لذلك يكون ضعيفا في الشرع لذلك يكون ضعيفا في الشرعية ويؤثر فيه توهم الغرر المذكور وهذا في الحقيقة تعليل قوله صلى الله عليه وسلم رايت ان اذهب الله تعالى ثمرة هذا الحائط بم يستحل احدكم مال اخيه فخلاف ما اذا كان راس المال ثوبا لان الذرع وصف فيه وكذا لو اشتراه على انه عشرة فاذا هو خمسة عشر كان كله له والمبيع لا يقابل الاوصاف ولا يتعلق العقد على قدره ولهذا لو ظهر الثوب او الحيوان المجعول راس مال مخرقا او سبي عبدا

من المسلم اليه ... ان مارضي به بكل ... ه وان شاء فسخ لفوات الوصف المرغوب ... ف ... ا ... ل ... ا ... ص من المسلم
مما فان في وجود الزيف احتمالا ... اختيار الرد كذلك ثم عدم الاستبدال به في مجلس الرد فيه ايضا ذلك والمعتبر الشبهة لا
النازل عنها كما افاده الحديث فان المعتبر فيه الشبهة لا غير وهو احتمال ان لا تخرج الترخ اجيب تارة بانها شبهة واحدة
فان الكل مبني وجود الزيف وتارة بان السوال فاسد لان الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت كما لتقدم في السنة
ليس هنا كذلك وانما اعتبر الموهوم مراعاة النص المذكور في ان طريق المنع ما انحصر في وجود الزيف بل ظهور استحقاق راس
المال كما ذكرنا طريق ايضا ومما يدل على صحة اعتبار الموهوم في هذا العقد اجماعنا على انه لا يصح السلم بحال رجل بعينه
لا يعرف مقداره لاحتمال هلاك هذا الكل قبل الحلول قال المصنف ومن فروعه اي من فروع الخلاف في معرفة قدر راس المال
اذا اسلم في حنطين كل حنطة وكر شعير عشرة مثلا ولم يبين راس مال كل منهما من العشرة او اسلم جنسين كدنانير ودراهم
في جنس واحد كبر او اسلم بمراد حفنة معينين في كذا اماما من الزعفران ولم يبين مقدار احدهما بعني عرف مقدار احدهما دون الاخر
لا يصح السلم لبطلان العقد في حصة ما لم يعلم قدره فيبطل في الاخر ايضا لاتحاد الصفقة او جهالة حصة الاخر من المسلم
فيه فيكون المسلم فيه مجهولا وهذه المسالة الثانية وهي اشتراط مكان التسليم فيما له مونة ان مكان العقد يتعين للايفاء
لوجود العقد فيه الموجب للتسليم ما لم يصرفاه باشتراط مكان غيره وحاصله انه مقتضى عقد مطلق فلا يرد انه لو كان
مقتضى العقد لما صح اشتراط غيره فان تغيير مقتضى العقد مردود او هو مبني على ما هو رواية عن احمد رحمه الله وحاله
كما ضرافه غالب نقد البلد ما لم يسميا نقدا غيره فينصرف اليه وبلحق بالثمن فان العقد يقتضيها معا فلما اقتضى
وجوب تسليم الثمن في مكان العقد وجب في الاخر ذلك وصار المكان كالزمان الذي هو اول اوقات الامكان حيث
يتعين للوجوب لعدم المزاحم او للاولى على قول الكرخي في الامر المطلق وتقريره ان التسليم يحتاج اليه مكان وهذا المكان
لا يزاحم فيه عينه فيتعين كاول اوقات الامكان والحاقا ايضا بالعرض والغصب والاستهلاك حيث يجب التسليم في مكان
العرض والغصب والاستهلاك ويريد ان كون تعيين غير مكان العقد غير منعقد بنقض ما اذا اشترى كرا وشرط على
البايع حمله الى منزله يفسد سوا اشتراه في المصر او خارجه اجيب بالفرق بان المشتري ملك العين بمجرد شرايها
فاذا شرط حملها فقد شرط عملا في ملكه مع الشرائم يسمى الثمن في مقابلة ذلك كله فصار ايجابا بيعا اجرا او مشتريا مستاجرا
مما فهو صفقة في صفقة فيفسد اما عقد السلم فلا يملك المشتري به العين لان المعقود عليه دين لا عين فانما يملك
العين بالقبض المقل من مكان لا يعمل من البايع في ملك نفسه ولا يكون بايعا واجرا واورد ايضا في الفوايد الظهيرية
ان عن محمد رحمه الله ما يدل على عدم تعيينه فانه قال في رجل باع طعاما او الطعام في السواد ان كان المشتري يعلم مكانه
فلا خيار له وان لم يعلم فله الخيار ولو تعين مكان البيع مكانا للتسليم لم يكن له خيار ثم قيل انما يجوز البيع اذا كانت جراية
الحنطة في بيت واحد فان كانت في مصر وسواد فالبيع فاسد لاختلاف به المنازعة لان المشتري يطالبه بالتسليم في
اقرب الاماكن والبايع يسلمه اليه في الابعد وهذا كله دليل ان مكان البيع لا يتعين فاجاب بانه انما يتعين اذا كان المبيع
حاضرا والمبيع في السلم حاضر لانه في ذمة البايع وهو حاضر في مكان العقد فالمبيع حاضر بحضوره وفي بيع العين
اذا كان ولابي حنيفة ان التسليم في السلم غير واجب في الحال فلا يتعين مكان العقد بخلاف العرض والغصب فان التسليم فيهما
واجب في الحال فيتعين مكان سبب الوجوب في الحال وكذا الدفع قياسا على راس مال السلم فانه يجب تسليمه في الحال
وتضمن منع ما قلنا من ان وجود العقد الموجب للتسليم يوجب تعيين مكانه بل العقد يوجب التسليم فقط الا ان اقتضى
امرا آخر تعيين مكانه فاذا لم يتعين فالجهالة تفضي الى المنازعة لان قيم الاشيا تختلف باختلاف الاماكن فلا بد من البيان
دفعا للمنازعة لان المسلم اليه مطالب بالتسليم في مكان يسقط عنه فيه مونة الحمل ويرفع قيمته والمسلم اليه
على عكسه وخلاف راس المال الان تسليمه واجب للحال فافترقا والحاقه بالامرين في تعين اول الاوقات بالجامع للنفي
ان قوله التسليم غير واجب للحال فلا يتعين مكان العقد مما يرد عليه المنع اذ الملازمة تظهر وما المانع من تعينه
مع تاخر التسليم حتى اذا حل الاجل وجب تسليمه في ذلك المكان فالاولى ان يقتصر على منع تعيين العقد المكان الحاقها
اياه بالاستهلاك والغرض ظهر الفارق بينهما وبين السلم وان الثمن في العين محل النزاع لان ابا حنيفة في الصحيح عنه

فان ... ه ... ا ... ل ... ا ... ايضا سليمة ... ا ... ل ... ا ... ل ... ا ... ل

يتعلق عليه اغراض المعين الغير اعتبارها في ولا لانه رضا [illegible]
من الاحكام فلزم التعجيل ولانه لا بد من تسليمه ليتقلب فيه المسلم اليه امر العين [illegible]
فيتقلب فيه ليتقدر على تحصيل المسلم فيه لما الاجل ولهذا اي لاشتراط التسليم قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط
لما اولا حدهما لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم الذي هو الملك وهذا على قول ابي حنيفة ظاهر
فانه وان خرج البدل من ملك من لا يثبت له خيار لم يدخل في ملك الآخر على قولهما هو ملك متزلزل فانه بعرضية
ان يفسخ من له الخيار فلا يتم القبض لان تمامه مبني على تمام الملك في المقبوض وهذا بخلاف الاستحقاق فان راس المال
اذا ظهر مستحقا لم يمنع استحقاقه من تمام قبضه لجواز اجازة المالك حتى لو اجاز قبضه صح العقد وان كان للاستحقاق
يمنع الملك لان منعه الملك ليس بمقتضى السبب بل السبب وجد مطلقا كما مانع فيه سوى تعلق حق الغير وجاز ان
يجوز ذلك الغير فاذا اجاز التحقت الاجازة بحالة العقد بخلاف الخيار الشرط فان عدم الملك مقتضى السبب لقوته
وتجعله في حق الحكم كالمعلق بشرط بخلاف الخيار فكان تاثيره اكثر من تاثير عدم القبض فكان اولى بالابطال
من عدم القبض وهذا لان المعلق بالشرط معدوم قبله فلا حكم اصلا وهو الملك فلا قبض ولذا قلنا ان اعتاق المشتري
المبيع ولا يتوقف اذا كان في البيع خيار للبايع واعتاق المشتري من القبوض يتوقف وكذا لا تثبت فيه الرد في السلم
خيار رد بالعيب لانه غير مفيد اذ فايدة خيار الرد رد المبيع والمسلم فيه دين في الذمة فاذا رد المقبوض
عاد دينا كما كان لانه لم يرد عين ما تناوله العقد فلا ينفسخ العقد برده بل يعود حقه في مثله وان اعلام الدين
ليس الا بذكر الصفة فقام ذكر الصفة مقام ذكر العين فلا تتصور خيار رد بالعيب كما لا يتصور في الحالي وانما يثبت بالاستضاع
فانه دين في ذمة الصانع ويجري فيه خيار الرد بالعيب يعني اذا رد ما باعه به ينفسخ لانا نسلم ان المبيع فيه الدين في
ذمة الصانع بل العين كما سيأتي واما خيار الرد بالعيب في راس المال فصحيح لانه لا يمنع ثبوت الملك ذكر في التحفة وهذا
اذا كان عينا مثليا او قيميا بخلاف خيار العيب في السلم فيه فانه يمنع لانه لا يمنع تمام القبض لان تمامه بتمام الصفة
وتمامها بتمام الرضى وهو تمام وقت العقد ولو اسقط خيار الشرط قبل الافتراق وراس مال السلم قائم جاز السلم
فلانا لزفر والما قيد بقيام راس المال لانها لو اسقطاه بعد انفاقه او استهلاكه لا يبعد صحيحا اتفاقا لانه بالاستهلاك
صار دينا في ذمة المسلم اليه فلو صح كان براس مال هو دين وذلك لا يجوز كما لا يجوز ابتداء العقد وانه الآن في معنى
الابتداء اذ قبل الاسقاط لم يكن للعقد وجود شرعا وقول الشافعي ومالك كقول زفر وقد سنظر فيه في باب البيع الفاسد
وهو ما اذا باع الى اجل مجهول ثم اسقط الاجل قبل حلوله ينقلب جايزا عندنا خلافا لهم قال المصنف رحمه الله وجملة
الشروط جمعوها في اخره فاعلام راس المال يشمل على بيان جنسه وصفته ونوعه وقدره وتجيله يتم به خمسة
ومن صفته ان يذكر من النقد الفلاني اذا كان في البلد نقود مختلفة المالية متساوية في الرواج كقولنا
عدليه او غطريفية فان لم تختلف وتساوت رواجا يعطيه من ايها شاء ولو تفاوتت رواجا انصرف الى الغالب
نقد البلد كالبيع وينبغي في ديارنا اذا سمى موديه يعطيه الاشرفيه والحقيقة لتفارق تسمية الكل موديه
وللاستوي في المالية والرواج ولعلام السلم فيه يشمل على مثلها خلا التعجيل وتاجيله وبيان مكان لا يتاتى
احدهما عادة واما القدرة على تحصيله فانظاهر ان المراد منه عدم الانقطاع فان القدرة بالفعل في الحال ليس شرطا
عندنا ومعلوم انه لو انتفى عجزه عند الحلول وافلاسه لا يبطل السلم وقد بقي ما قدمناه من كون المسلم فيه مما
يتعين بالتعيين فلا يجوز في النقود وان لا يكون حيوانا وانتقاد راس المال اذا كان نقدا عند ابي حنيفة خلافا لهما
وان لا يشمل البدلين احد بدلي الربا وعدم الخيار فظهر ان قوله وجملة الشروط لم يتم ثم فرع على اشتراط
القبض في المجلس انه لو اسلم ما يتعين في كرضطة منها مائة دين على المسلم اليه ونقده مائة ان السلم في حصة الدين باطل
لعدم قبض راس المال وتسري الفساد في الكل خلافا لزفر وجه قوله انه فساد قوي لتمكنه في صلب العقد وانما تقدر
جعل قبوله العقد في حصة الدين شرطا لقبوله في حصة النقد وهذا شرط فاسد ولنا ان الفساد طارئ
فلا يشيع في غير محل الفساد اما ان اضاف العقد الى ما تين مطلقة بان قال اسلمت اليك مائتين في كذا فانه جعل احدهما
الدين فظاهر واما ان اضاف على الدين والعين جميعا بان قال اسلمت مائة الدين وهذه المائة في كذا فكذلك

وان قبل [illegible] اشتراط القبول في المجلس [illegible]
السلم [illegible] الدين [illegible] بدليل ان من اشترى عبد الغير بغير اذنه ثم اجاز البيع صح بالاتفاق ان الدين
لا يبطل العقد الا اذا كانا علما ان عدم الدين فيفسد لامر آخر وهو انهما حينئذ هازلان بالبيع حيث عقدا
بيعا بلا ثمن بخلاف ما لو كانت المائة على ثالث فانه يشيع الفساد ولذا قيد المصنف كون المائة دينا على المسلم اليه
لان المائة على الاجنبي ليست مالا في حقهما وحين لم يتقيد بالدين لم يتحقق الفساد لمجرد ذكر ذلك بل بالافتراق
بلا قبض تلك المائة ولهذا لو نقد المائة قبل الافتراق صح السلم وحينئذ لم يلزم قوله جعل القبول في الفاسد
شرطا لما آخره اذ لم يلزم الفساد بالاضافة لفظا الى الدين فكان الفساد طاريا بالاشاعة وقال في المنظومة
ان كان راس المال نوعين نقد هذا ودين ذاك فالكل فسد ان لم يبين قسطا ذا وقسطا ذا والبر والشعير والزيت كذا
واستشكل على مسئلة الكتاب فقيل انما فسد بالنوعين لانه اذا كان من جنس واحد لا يتحري الفساد كما ذكر في الهداية
واستشكله صاحب الحواشي على قول ابي حنيفة لان عنده اذا ورد العقد على شيئين وفسد في احدهما يفسد في الآخر انه
يصير قبول الفاسد شرطا لما آخره قال لا ان هذا في الفساد المقارن الذي تمكن في صلب العقد لا في الطاري
وهذا طاري لان قبض راس المال شرط لبقاء العقد على الصحة اما العقد في نفسه فصحيح واستشكله الشيخ حافظ
الدين في المصفى بان هذا يقتضي ان لا يفسد في حصة النقد اذا كان راس المال نوعين ايضا ثم قال يحتمل ان الفساد
باعتبار ان معرفة راس المال شرط عنده ولم يبين حصة كل منهما من المسلم فيه فهي المسئلة التي قدمها المصنف
تفريعا على اشتراطه معرفة مقدار راس المال اذا كان مما يتعلق العقد على قدره فاذا قوبل بشيئين كانا
منقسام بطريق الغلبة وذلك يعرف بالجزر والظن وهو مجهول انتهى وهو جيد وهو ما فرعه المصنف
على اشتراطه معرفة مقدار راس المال الا ان على هذا الحاجة الى تقييد المنظومة بكون احدهما دينا
فانه لو كانا عينين فسد فيهما كذلك ايضا ولا يجوز التصرف في راس المال والمسلم فيه قبل القبض اما
الاول وهو راس المال فانه لا يجوز للمسلم اليه التصرف فيه قبل قبضه لما في ذلك من تفويت حق الشرع وهو القبض
المستحق شرعا له قبل الافتراق واما الثاني وهو المسلم فيه فلانه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز لما تقدم
من الدليل في موضعه فلا تجوز هبته ولا الاستبدال به اما لو دفع المسلم اليه ما هو ادنى من الشروط فتقبله رب السلم
او اجود فانه يجوز ولا يكون له حكم الاستبدال فانه جنس حقه فهو كترك بعض حقه واسقاطه في حق رب السلم من حين
القضاء في حق المسلم اليه وقول القدوري بعد ذلك ولا يجوز الشركة ولا التولية مع دخولهما في عموم التصرف في المسلم فيه
لغرب وفوعهما في المسلم فيه بخلاف المرابحة فيه والوضيعة فانه غير معتاد ولانه دين في الوضيعة اضرار برب السلم
فيبعد وجودها بخلاف اخذه بمثل ما اشتراه به فانه قرب والشركة هي معنى اخذ بعضه بمثل ما اشتراه به وقيل هو
احتراز عن قول البعض ان التولية يجوز عنده في بيع العين والسلم فان تقايلا السلم لم يكن له اي لرب السلم
ان يشتري من المسلم اليه راس المال شيئا حتى يقبضه كما لو لم يتقايلا لقوله صلى الله عليه وسلم اذا اخذ السلم فلا اخذ الا راس ماله اخرج ابو
داود وابن ماجه معناه عن عطية العوفي عن ابي سعيد الخدري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اسلم في شيء فلا يصرفه الى غيره
وهذا يقتضي ان لا ياخذ الا اياه ورواه الترمذي وحسنه وقال لا اعرفه مرفوعا الا من هذا الوجه واخرجه الدارقطني
عن ابي سعيد الخدري وعلي ابن الحسين الدرهمي باللفظ المذكور وقال اللفظ للدرهمي وقال ابراهيم بن سعيد فلا ياخذ
الا ما اسلم فيه او راس ماله وهذا هو حديث المصنف وعطية العوفي ضعفه احمد وغيره والترمذي حسن حديثه فهو مختلف
فيه لكن حسن ورواه عبد الرزاق موقوفا على ابن عمر انا معمر عن قتادة عن ابن عمر قال اذا اسلم في شيء فلا ناخذ الا ذلك
فيتم العقد او راس ماله اي عند الفسخ فاستنبط منه انه اعتبر بالمبيع فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه وهذا لان كونه
اخذ شبها بالمبيع بسبب ان الاقالة بيع جديد في حق ثالث غير المتعاقدين والشرع ثالث وعرفان محمدا توقف على قيام المبيع
في يد القابض لا يرى انه لو هلك المبيع بعد اقالة البيع قبل القبض تبطل الاقالة وذلك غير ممكن هنا لان بالاقالة يسقط
المبيع لانه دين لا عين فيتلف شيء ولا يعود لكنه قد صح فيلزم انه اعتبر راس المال عند ان المبيع مرد وان لانه دين مثل المسلم
فيه وجعل الدين مبيعا ليس بمحال ورد عليه لو كانت بيعا جديدا لكانت بيع سلم لانها اقالة بيع سلم فكان يلزم قبض

راس المال عند الاقالة في المجلس ولم يلزم بالاجماع فاجاب عنه المصنف بانه يمضي عقد الاقالة ليس في حكم الابتداء من كل وجه
واجاب غيره بان لزوم قبضه قبل الافتراق لحيلا يفترقا عن دين بدين وذلك انما يكون اذا كان المسلم يسمعا جب فيلزمه
ولم يجب ذلك بعد الفسخ بالاقالة ويمكن حمل جواب المصنف على هذا بتكلف بعيد وحاصل جواب صاحب الايضاح ان راس
المال حعل كالمسلم فيه والقبض ليس شرطا له وفيه خلاف زفر راي في منع الاستبدال براس مال السلم
اليه بعد اقالة السلم فعنده يجوز ان يتوى به ماشاء وهو القياس لانه بالاقالة بطل السلم وصار راس المال دينا عند المسلم
اليه فيستبدل به كسائر الديون قال واحجه عليه ماذكرناس الاثر والمعنى فهو استحسان بالاثر مقدم على القياس
ومن اسلم في كر وهو ستون قفيزا او اربعون على خلاف فيه والقفيز ثمانية مكاكيك والمكوك صاع ونصف فلما حل
الاجل اشتري المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم ان يقبضه فقضاه عن المسلم فيه فاقتضاه رب السلم بان اكاله مرة
وجازه البيع لم يكن مقتضيا حقه حتى لو هلك بعد ذلك يهلك من مال المسلم اليه ويطالبه رب السلم بحقه وان امره ان
يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكاله اي لرب السلم ثم اكاله مرة اخرى لنفسه صار مقتضيا مستوفيا حقه
وهذا لانه اجتمعت صفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان
صاع البايع وصاع المشتري وهذا هو محمل الحديث على ما مر في الفصل الذي يلي باب الرابحة حيث قال المصنف ومحل الحديث
اجتماع الصفقتين والحقه فيه ان المستحق بالعقد ما سمي فيه وهو الكر وهو انما يتحقق بالكيل فكان الكيل عينا للمستحق للعقد
وهذان عقدان فلا بد من توفير مقتضى كل عقد عليه الا يرى ان الثاني لو هلك فزاد لم تطب له الزيادة ورجع بها حتى
لو كان المشتري كاله لنفسه بحضرة المشتري الثاني فقبضه الثاني لا بد من ان يكيله اعادة لحق العقد الثاني والصفقتان
تشرأ المسلم اليه من بايعه الكر والصفقة التقديرية التي اعتبرت بين المسلم اليه ورب السلم عند قبضه كان المسلم
اليه يصير بايعا من رب السلم ما اشتراه لان الماخوذ ليس عين حقه فانه دين وهذا عين فاصبه به وقد اخذ وان في صحة
الامر ان يقبضه لنفسه وعندي ليس هذا بشرط بل الشرط ان يكيله مرتين حتى لو قال لقابض الكر الذي اشتريته
من فلان من حقك فذهب فاكاله ثم اعاد كيله صار قابضا لان الغرض انه لا يصير قابضا لنفسه بالكيل الاول بل بالثاني فلما قال له
اقبض من حقك والمخاطب يعلم ان طريق صيرورته قابضا لنفسه ان يكيله مرة للقبض عن الآمر ثانيا ليصير هو قابضا
فعلى ذلك صار كانه قال له اذهب فافعل ما تصير به قابضا ولفظ الجامع بخلاف ما قلنا فانه لم يزد فيه
على قوله فاكاله ثم اكاله لنفسه جاز وقوله والسلم ان كان سابقا الى آخره جواب سوال مقدر وهو ان يقال بيع
رب السلم مع المسلم اليه كان سابقا على شرى المسلم اليه من بايعه فلا يكون المسلم اليه بايعا بعد الشراء فلم
يجتمع الصفقتان فلا يدخل تحت النهي فاجاب بقوله السلم واه كان سابقا على شرا المسلم اليه من بايعه لكن قبض رب
السلم المسلم فيه لاجل شرايه من بايعه وانه اي قبض المسلم فيه بمنزلة ابتداء البيع لان العين غير الدين حقيقة
واعتباره عينه في حق حكم خاص وهو صحة قبضه عن المسلم فيه لئلا يلزم الاستبدال به قبل قبضه لا يستلزم اعتباره
اياه مطلقا فاخذ العين عنه في حكم عقد جديد فتحقق بيع المسلم اليه بعد شرايه من بايعه والدليل على هذا الاعتبار
ما قال في الزيادات لو اسلم مايتي كر ثم اشتري المسلم اليه من رب السلم كر حنطة باقي درهم الى سنة فقبضه فلما حل
السلم اعطاه ذلك الكر لم يجز لانه اشتري ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن بيوم ان رب السلم اشتري ما باعه وهو الكر
مني واشتري المسلم اليه موزونا لذلك الى آخره لا يجوز فقبض رب السلم خلاف ما لو اشتري المسلم اليه حنطة مجازفة
او ملكها بارث او هبة او وصية او وفاء رب السلم فكاله مرة ويجوز به يكتفي بكيل واحد لانه لم يوجد الا عقد واحد
بشرط الكيل وهو السلم ولو اشتري المورود عدا او اسلم في معدود فعلى الروايتين في وجوب اعادة العد في بيع المعدود
بعد شرايه عدا هذا اذا لم يكن سلما ولكن اقرضه فامره بقبض الكر ولم يقل اقبضه لنفسك ثم اقبضه لنفسك فقبضه بان اكاله
مرة جاز لان الغرض اعارة ولهذا ينعقد بلفظ الاعارة فكان المردود عين الماخوذ مطلقا فلم يجتمع صفقتان فلم
تجب الكيلان كان هذا الاعتبار في القرض لو لم يكن ثابتا لزم تلك التي بجنسه نسية او تفرق بلا قبض فيه وهو ربا
ولهذا لا يلزم التاجيل في القرض لانه بيع بجنسه نسية وكذا لو كان الدين الاول سلما فلما حل اقترض المسلم اليه من رجل

ثم امره ان يقبضه لنفسه فاكاله اياه جاز لما ذكرنا وهذا الفرق عند بعض العلماء لا يوجب الكيل بخلاف البيع
مكايلة او موازنة وهذا لو استقرض من آخر حنطة على انها عشرة اقفزة جاز له ان يتصرف فيها قبل الكيل ومن
اسلم في كر فامر رب السلم المسلم اليه ان يكيله له في غرايره رب السلم والموضع موضع الاظهار فيها لكنه اظهره لرفع الاباس
فعل وهواي رب السلم غايب لم يكن قبضا حتى لو هلك هلك من مال المسلم اليه والتقييد بغيبته لانه لو كان ايا ورب
السلم حاضر يصير قابضا لما بيناه سواء كانت الغرايره او للبايع لان الامر بالكيل لم يصح لانه لم يصادف ملك الامر
لان حقه في الدين لا العين فصار المسلم اليه مستعيرا الغرايره منه جاء لاملاك نفسه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم فدفع
الدراهم اليه كيما ليزنها المديون فيه لم يصر قابضا لهذا اذا لم يكن في غرايره رب السلم طعام بل ترددنا ان كان قبل
ان يصير قابضا لما قررنا ان امره غير معتبر في ملك الغير قال في المبسوط والاصح عندي انه يصير قابضا لان امره يحلط
طعام السلم بطعام على وجه لا يتميز معتبر فيصير به قابضا وهو نظير ما سنذكر من كتاب الصرف فيمن دفع نصف درهم
الى صانع وقال زده من عندك نصف درهم وصغ لي بها خاتما ففعل جاز وصار بالخلط قابضا ولو كانت الحنطة مشتراة غير
مسلم فيها والمسئلة بحالها اي دفع المشتري غرايره للبايع وامره ان يكيل له ففعل بغيبته صارت قابضا لان الامر صح هنا
لانه ملك عين الحنطة بمجرد البيع فصادف امره ملكه ونظير ما لو امره بطحن الحنطة السلم فيها فطحنها المسلم اليه كان
الدقيق كان حراما لانه استبدل بالمسلم فيه قبل قبضه ولو كانت مشتراة فامر المشتري البايع ان يطحنها فطحنها كانت
للمشتري فلو هلك الدقيق في الاول هلك من ملك المسلم اليه وبعود دين رب السلم عليه كما كان ولو هلك في الثاني
هلك من ملك المشتري وتقرر الثمن عليه ومثله اذا امر رب السلم المسلم اليه ان يصبه في البحر ففعل كان من مال المسلم
اليه ولو امر المشتري البايع به كان قابضا فيهلك من مال المشتري لما قلنا ولهذا يلتقي بذلك الكيل الواحد في الشراء
في الصحيح لانه نايب عنه في الكيل والوقوع في غرايره المشتري وقوله في الصحيح احتراز عما قيل لا يكتفي الا بكيلين
على ما مر قبل باب الربوا ولو كان في البيع امر المشتري البايع ان يكيله في غرايره البايع ففعل بغيبته لم يصر قابضا
لانه استعار غرايره ولم يقبض فلم تتم الاعارة لانها لما كانت عقد تبرع لم تتم الا بالقبض فلم تصر الغرايره في يده
فلذا ما يقع فيه على تاويل الظرف ونحوه وصار كما لو امر المشتري البايع ان يكيله ويجعله في مكان في بيت البايع
ففعل بغيبته لم يصر قابضا ولو اجتمع الدين والعين بان اشتري رب السلم من المسلم اليه كرا معينا بعد حلول الثمن
فامره ان يكيله في غرايره المشتري كليهما ففعل بغيبته ان بدا بالكر العين تم بالمسلم فيه صار المشتري قابضا اما
العين فلصحة الامر فيه لانه ملكه واما الدين فلانتقاله بملكه ومثله يصير قابضا كمن استقرض حنطة ولم يقبضها
ثم امر المقرض ان يزرعها في ارض المستقرض ولكن دفع البذر صانع خاتما وامره ان يزيد من عنده نصف دينار ففعل
بغيبته لزمته الزيادة وتقرر بذلها عليه لانتقال ملكه فيها وان بدا بالدين فكاله في الغرايره لم يصر قابضا
اما في الدين فلعدم صحة الامر لما قلنا واما في العين فلانه بخلطه مال المشتري بجنسه من مال نفسه يصير مستهلكا
له عند ابي حنيفة فينتقض البيع لهلاك المبيع قبل القبض لا يقال لهذا الخلط ليس بتعد ليكون به مستهلكا لانه بامره
اجاب المصنف بمنع اذ نه فيه على هذا الوجه لجواز ان يكون مراده ان يفعل ذلك على وجه يصح وهو ان يبدا بالعين
وعندهما لما لم يكن استهلاكا يصير المشتري بالخيار ان شا نقض البيع لعيب الشركة وان شا شاركه في المخلوط واورد
ان صبغ الصباغ متصل بالثوب ولا يصير ما لكه قابضا بجيب بان المعقود عليه ثمة الفعل لا العين والفعل الجاز
الفاعل لانه عرض لا يتبقى الانتقال ومن اسلم جارية في كر حنطة حاصل هذه والتي بعدها الفرق بين الاقالة
في السلم والبيع بالثمن وبيع المقايضة فيقع السلم يجوز الاقالة قبل هلاك الجارية وبعده لان صحة الاقالة تعتمد
قيام العقد وهو بقيام المبيع لان يتقبض في السلم المبيع قصدا هو المسلم فيه فهلاك الجارية وعدمها يوم الدين
المسلم فيه فجازت الاقالة اذا ماتت قبل الاقالة او بعدها قبل القبض لقيام المعقود عليه وهو السلم فيه واذا جازت
انفسخ في الجارية تبعا موجب ردها وقد عجز فيرد قيمتها يوم القبض لان السبب الموجب للضمان كان فيه فصار
كالغصب وفيما لو كان اشتري جارية بالف درهم ثلاثا لا تجوز الاقالة بعد موتها وتبطل لو ماتت بعد الاقالة قبل

قبل القبض لان الخيار ثبت للفسخ والفسخ لا يتحقق الا قبل القبض بخلاف ما بعد القبض لان الفسخ بعده رد
مقايضة بان دفع المشتري اليه ثوبا بثوب بقي الا قالة لما بينا ان المقبوض الخيار يبقى بالفسخ فيهما جميعا من وجه
ومن اسلم الى رجل الى اخره الاصل في هذه المسايل انهما اذا اختلفا في الصحة فان خرج كلام احدهما مخرج التنعت وهو ان
ينكر ما ينفعه كان باطلا اتفاقا والقول قول من يدعي الصحة وان خرج مخرج الخصومة وهو ان ينكر ما يضره قال ابو
حنيفة القول قول من يدعي الصحة ايضا اذا اتفقا على عقد واحد وان كان خصمه هو المنكر وقالا القول للمنكر وان انكر
الصحة اعلم ان هذا جواب لهذه المسايل اسلم الى رجل في كر فقال المسلم اليه شرطت لك ردينا وقال رب السلم شرطت
سيفا فالقول قول المسلم اليه بالاتفاق وهو قول الشافعي لان رب السلم متعنت لانه بانكار الصحة منكر ما ينفعه
وهو المسلم فيه لانه على كل حال يربو على راس المال نقدا والمسلم فيه نسيئة لان العقلا
قاطبة على اعطاء هذا العاجل بذلك الاجل ولولا انه يربو عليه وان كان اجلا لم تطبق ارادهم عليه وكلام المتعنت
مردود فبقي قول الآخر بلا معارض واما التوجيه بان الظاهر الصحة الى آخره فنخص انا بحنيفة تمشيه في غير هذا
المحل والمراد هنا توجيه الاتفاق على ان القول للآخر وهما لا يقولان ان القول المدعي الصحة دايما لعلا يظهر وكما في مسايلة
العاقل وفي عكسه بان ادعى رب السلم شرط الردي وانكر المسلم اليه الشرط اصلا لم يذكره محمد في الكتاب وقالوا اي
المشايخ يجب ان يكون القول لرب السلم عند ابي حنيفة وهو قول الشافعي لانه يدعي الصحة وان كان صاحبه منكرا وكلامه
خصومة وعندهما القول للمسلم اليه لانه منكر وان انكر الصحة وسيورد المصنف الوجه في تلك المسالة التي يأتي من وله
قال المسلم اليه لم يكن فيه اجل وقال رب السلم فيه اجل فالقول لقول رب السلم اي بالاتفاق وكذا في مقداره وهو قول
الشافعي لان كلام المسلم اليه هنا تعنت لانه ينكر ما ينفعه وما هو حقه وهو الاجل لان الاجل لمن عرفيه المسلم اليه وهذا
استحسان واورد عليه ينبغي ان يكون القول لمن يدعي الفساد لان المسلم فيه لما كان في العادة يربو على راس المال
كان انكار المسلم اليه الصحة خصومة ولا يكون متعنتا وهذا الايراد هو وجه القياس فاجاب عنه المصنف بقوله
والفساد بعدم الاجل ليس متيقنا حتى يكون انكاره انكار الصحة دافعا لزيادة المسلم فيه كان السلم الحال جايز
عند بعض المجتهدين فلا يعتبر النفع في رد راس المال لانه ليس بلازم فقط بخلاف عدم الوصف كالرداءة ونحوها على
ما تقدم فانه ملزوم فقط للفساد وفي عكسه وهو ان يدعي المسلم اليه الاجل ورب السلم ينكره القول لرب السلم
عندهما لانه ينكر حقا عليه وهو زيادة الربح الكاين في قيمة المسلم فيه على ما دخل في يده من راس المال فصار كرب
المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب بل شرطت لي نصف الربح فان القول
لرب المال لانه ينكر استحقاق زيادة الربح وان تضمن ذلك انكار الصحة ووقع في بعض النسخ نصف الربح وزيادة
عشرة وهي غلط لان على هذا التقدير القول للمضارب ولان انكار الزيادة على ذلك التقدير لا يخرج هذا وعند ابي
حنيفة القول للمسلم اليه وهو قول الشافعي لانه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة
ظاهرا اذ الظاهر من حال المسلم الامتناع عن العقد الفاسد ولانه هو المفيد لتمام الغرض المقصود من مباشرته
وهو ثبوت الملك على وجه لا يجب نقضه ورفعه شرعا وان شرط الشيء يتبع له فالاتفاق على صدور هذا العقد
اتفاق على صدور شرايطه فانكار الاجل انكار بعد الاقرار ظاهرا فلا يقبل وصار كما لو اختلف الزوجان في التزوج
بشهود او بلا شهود فالقول لمن يدعيه بشهود بخلاف المضاربة لانه ايّ عقد المضاربة ليس بلازم ولهذا يتمكن رب
المال من عزله قبل شرايه براس المال وكذا المضارب له فسخه واذا كان غير لازم ارتفع باحتلافهما واذا ارتفع
بقي دعوى المضارب في استحقاق الربح ورب المال منكر فالقول له اما السلم فعقد لازم فلا يرتفع بالاختلاف
فكان مدعي الفساد منتقضا ظاهرا كما ذكرنا ولان عقد المضاربة اذا صح كان شركة واذا فسد صار اجارة فلم
يتفقا على عقد واحد فان مدعي الفساد يدعي اجارة ومدعي الصحة يدعي الشركة فكان اختلافهما في نوع العقد
حلا في السلم فان السلم الحال وهو ما يدعيه منكر الاجل سلم فاسد لا عقد اخر ولهذا حنث به في يمينه لا في شيء
فقد اتفقا على عقد واحد واختلفا في صحته وفساده فالقول لمدعي الصحة واستشكل بما لو قال في المضاربة
رب المال شرطت نصف الربح وزيادة عشرة فان القول للمضارب ولم تقل اختلفا في نوع العقد اجيب

عشرة عطفا عليه تدعي النساد لان الاول الكلام لا يتوقف عليه فيه بخلاف قوله الا عشرة بالاستثناء فانه
يتوقف اذ صدر الكلام مع الاستثناء كلام واحد فقيل فيه نظر لان الاصل بقاء ما كان على ما كان فقال اجزت نكاح هند وهند يفسد ان لا نتوقف اوله على اخره بوجود المغير في اخره وان كان بحرف العطف
واورد ايضا ما اذا قال تزوجتك وانا صغير وقالت بل بعد بلوغك فالقول للزوج مع انه يدعي فساد العقد
اجيب بانه ما اقر اصل العقد بل انكره حيث اسنده الى حال عدم الاهلية واعلم انكار الاجل على ثلثة اوجه
احدها في اصل الاجل وهي مسئلة الكتاب والثاني في مقدار الاجل والقول فيه قول من يدعي الاقل مع يمينه فان قامت
بينة لمدعي الاكثر قضي بها وان قامت لكل منهما فالبينة بينة مثبت الزيادة والثالث في مضي الاجل اذا قال رب
السلم مضى الاجل المسمى وقال المسلم اليه لا فالقول قول المسلم اليه مع يمينه لانه ينكر توجه المطالبة عليه ومن اقام
بينة قضي له فان اقاما فالبينة بينة المطلوب لانها تثبت زيادة الاجل هنا والاختلاف في مقدار الاجل
لا يوجب التحالف عندنا خلافا لزفر لانه ليس في العقد وعليه وما في يده خلافا لاختلاف في الصفة يعني انه
ما هو فانها يتحالفان لان الوصف جار مجرى الاصل في الخلاصة اذا اشترط في السلم الثوب ابيض فجاء بثوب
وادعى انه جيد وانكر الطالب فالقاضي يريه اثنين من اهل تلك الصنعة وهذا الوطء والواحد يكفي فان قالا جيد
اجبر على القبول فان اختلفا في السلم تحالفا استحسانا وبدا بيمين المطلوب عند ابي يوسف ثم رجع وقال
بيمين الطالب وهو قول محمد وان قامت لاحدهما بينة قضي بها وان قامت لهما بينة قضي ببينة رب السلم
واحد عند ابي يوسف والمسئلة على ثلثة اوجه لان راس المال اما عين او دين وكل وجه على ثلثة اوجه اتفقا
على راس المال واختلفا في السلم فيه او على العكس او اختلفا فيهما فان كان راس المال عينا واختلفا في المسلم فيه
لا غير فقال الطالب هذا الثوب في كر حنطة وقال الآخر في كر نصف كر شعير او في الحنطة الردية واقاما فقضي ببينة
رب السلم بالاجماع وان اختلفا في راس المال فقال احدهما هذا الثوب وقال الآخر هذا العبد واتفقا في السلم فيه انه
الحنطة او قال احدهما هذا الثوب في كر حنطة وقال الآخر في كر شعير واقاما البينة تقبل بالمسلمين محمد رحمه الله اصله
وابو يوسف يقول كل مدعي عقد اغير ملتبس عليه الآخر وان كان راس المال دراهم او دنانير اتفقا في راس المال واختلفا
في المسلم فيه واقاما فالبينة لرب السلم ويقضى بسلم واحد عند ابي يوسف خلافا لمحمد وان كان الاختلاف على الطلب
نحو هذا الخلاف ولو اختلفا فيهما فقال احدهما عشرة دراهم في كر حنطة وقال الآخر خمسة عشر في كر حنطة واقاما فعند
ابي يوسف تثبت الزيادة فيجب خمسة عشر في كرين ويقضى بسلمين وعند محمد يقضى بسلم واحد بخمسة عشر في كر وعقد
بعشرة في كر ولو ادعى احدهما ان راس المال دراهم والآخر دنانير لم يذكر هذا وينبغي ان يقضى بسلمين كما لو اختلفا
وفيما اسلم في ثوب وشرط الوسط فجاء بجيد فقال هذا وزدني درهما فعلى وجوه اما ان كان كيليا او وزنيا او وزنيا
في الكيل كان اسلم في عشرة اقفزة فجاء باحد عشر وقال زدني درهما جاز لانه باع قفيزا بثمن معلوم ولو جاء بتسعة
وقال هذا وزادة عليك درهم فقبل جاز ايضا فانه قال في البعض فيجوز كما في الكل ولو جاء بحنطة احمر واوردى
فاعطى درهما واحدا لا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يجوز وقد منا انه في الاردي والاجود
يجوز بالاجماع اذا لم يجئ مع شيء اجود في الثوب ان جاء بزيد بذراع وقال زدني درهما جاز وهو بيع ذراع بدرهم
يحتمل تسليمه كما لو جاء ببعض موزون او كذا اذا اتى بالزيادة من حيث الوصف فانه يجوز عندهم وان جاء بانقص وزعم
درهما لا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد لانه اقاله فيما لا تعلم حصته لان الذرع وصف وحصته مجهولة هذا اذا لم يبين لكل
ذراع حصة فان بين جاز بلا خلاف وكذا الواحد اذا نقص وصفا لا يجوز ولو باز يد وصفا جاز الكل في الاصل
ويجوز السلم في الثياب اذا بين طولها وعرضها ورققها لان هذا اسم لمعلوم والرقة يراد بها قدر الغلظ ولا خلاف في هذا بل
في اشتراط وزنه اذا كان حريرا فان عندنا في الايمة الثلثة لا يشترطونه والوجه لهم ظاهر وكذا يجوز في البسط
والاكسية والمسوح والجوالق والبواري اذا بين الطول والعرض والصفة وكل ما اختلف قيمته بالثقل والخفة من
الثياب عرفا كالمروزاري يشترط بيان وزنه ولو كان المبيع ناجزا في المستقي اذا باع ثوبا حريرا بدراهم لا يجوز

الموزنا بوزن وهذا الصحيح في السلم بخلاف البيع لان الاشارة يكتفى بها لغاية الامر عدم معرفته ثقله
وهو كعدم معرفة عدد تفاوت الصبرة وهو غير مانع وفي الطول يذكر عدد الذرعان ويجب ان يتوسط عند
الذرع سوارخ الثوب ومدمم ان كان الذراع مختلف الطول فلابد من تعيينه الا ان يكون احدها هو المتعارف
واذا دخل بثياب الحرير الوزن لزم ان لا يجوز بيعها جنسا جزافا فلذا ذكر القدوري ان بيع ثوب خز بثوب
خز بدا بيد لا يجوز الا وزنا كما في الصفر ولا يجوز السلم في الجواهر بلا خلاف الا المالك والفيروزج فانها وان
تفاوت تفاوتا فاحشا في المالية فان الجوهرتين قد تتخذان وزنا وتختلفان قيمة باعتبار حسن الهيئة اللهم
الا في الصغار التي تدق للكحل والذراري فيجوز وزنا والباس بالسلم في اللبن والاجر اذا سمى ملبنا معلوما لانه عرف
متعارب اذا سمى الملبن وقوله لا سيما اذا سمى لها اخره يعطي انه متعارب ولا يشترط تسمية الملبن بل اذا سميا
يكون احسن ليس لذلك بل يتفاوت تفاوتا فاحشا وذكر بعضهم انه لا يجوز بيع مائة آجرة من اتون وفي عرفنا لا
يسمونه تنورا وتنورا وهو الذي يبنى فيشوى فيه الآجر والحجارة تعد جرا لانه يتفاوت في النضج تفاوتا فاحشا
ولا يجوز بيعه والحقناه في السلم بالتفاوت بالمغاربة وكل ما امكن ضبط صفته فيه اخره لا خلاف فيه كالوطن
والحنان والابريسم والنحاس والنبر والحديد والرصاص الصفر والحنا والوسمة والرياحين اليابسة والجذوع
اذا بين طولا وعرضا وغلظا والغضب وصوف الاهشاب ويجوز السلم في التبن كلا بالغوازير وقيل هو موزون
وقيل يعتبر التعارف وفي عرفنا له في شباك الليف يسمونه اهل العرف شتيفا ولا باس بالسلم في طيب
او لحمه او حشف او نحو ذلك كالكوز والاجانة من النحاس والزجاج والحديد والقلنسوة والطواجن اذا ضبط وانتفى
في صفته من الغلظ والسلعة والضيق بحيث ينحصر فلا يتفاوت الا يسيرا وان استصنع شيأ من ذلك بغير
اجل جاز استحسانا الاستصناع طلب الصنعة وهو ان يقول الصانع لصانع خف او مكعب اوصفارا صنع لي احفا
طوله كذا وسعته كذا او دستا اي برمة نسج كذا وزنها كذا بكذا درهما ونحو ذلك فيعطي الثمن المسمى او لا يعطي شيأ
فيعقد الآخر معه جاز استحسانا بيعا للعين والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر وان متى اذا لم يكن اجاره لانه
استيجار على العمل في ملك الغير وذلك لا يجوز كما لو قال لصاحب طعامك من هذا المكان الى مكان ذا بكذا او اصنع
مثوبك احمر بكذا لا يصح ولا بيعا لانه بيع معدوم ولو كان موجودا مملوكا للغير العاقد لم يجز فاذا كان معدوما
فهو اولى بعدم الجواز ولكنا جوزناه استحسانا بالتعامل الراجع الى الاجماع العملي من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى
اليوم ولا نكير والتعامل بهذه الصفة اصل مندرج في قوله صلى الله عليه وسلم لا تجتمع امتي على ضلالة وقد استصنع صلى الله
عليه وسلم خاتما واصنع صلى الله عليه وسلم لما طلب اليهود ان عمل معدارا لحجامة وعدد كرات وضع المحاجم ومصها
غير لازم عند احد ومثله شرب الماء من السقاء وسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم بوجود الحمام فاباحه مع انه مجهول لم يبين له
شرطا وتعامل الناس بعد قوله من لدن الصحابة والتابعين على هذا الوجه الآن وهو ان لا يذكر عدد ما يصبه من ماء
هذه الطاسة ونحوها فقصرناه على ما فيه تعامل وفي ما لا تعامل فيه رجعنا فيه الى القياس كان يستصنع خاتما
او خياطا لينسج له او يخيط ليصابر نفسه ثم اختلف المشايخ انه مواعدة او معاقدة فالحاكم الشهيد والصفار
ومحمد ان له وصاحب التنوير مواعدة وانما ينعقد عند الفراغ بالتعاطي ولهذا كان للصانع ان لا يعمل وانما يجبر عليه
على اصل السلم وللمستصنع ان لا يقبل ما يأتي به ويرجع عنه ولا يلزم العاملة والمزارعة على قول الى هنا حيفه لفسادهما
مع التعامل لثبوت الخلاف فيهما في الصدر الاول وهذا كان على الاتفاق والصحيح من المذهب جوازه بيعا لان بحذا ذكر فيه
القياس والاستحسان وهما لا يجريان في المواعدة ولانه جوز فيما فيه تعامل دون ما ليس فيه ولو كان مواعدة
جاز في الكل وسماه شراء فقال اذا راه للمستصنع فهو بالخيار ولانه استثنى عالم يره ولان الصانع يملك الدراهم بقبضها
ولو كانت مواعيد لم يملكها وانتفاء لها اليسار الخيار لكل منهما لا يدل على انه غير بيع الا ترى ان في بيع المحايضة لو لم يرد
كل منهما عين الآخر كان لكل منهما الخيار وحين لزم جوازه علمنا ان الشارع اعتبر فيه المعدوم موجودا وفي الشدع
ليتبرذلك كطهارة المستحاضة وتسمية الذابح اذا نسيها والرهن بالدين الموعود وقراءة الماموم وقوله والمعقود
عليه العين دون العمل في قول الى سعيد البردعي المعقود عليه العمل لان الاستصناع ينبئ عنه كالفلنا والاديم والصرم

عمولة الصبغ والدليل عليه ما ذكرناه من قول محمد لانه اشترى بالاجر والزجاجة من صنعته
او من صنعته قبل العقد كما لو هذه جاز واما بطلانه بموت الصانع لشبهة بالاجارة وفي الاخيرة هو جائز ابتدا
بيع انتهاء لان قبل التسليم لا عند التسليم بدليل انهم قالوا اذا مات الصانع بيطل ولا يستوفي المصنوع من تركته ذكره
محمد في كتاب البيوع فان قيل لو انعقد اجارة اجبر الصانع على العمل والمستصنع على اعطاء المسمى اجيب بانه انما لم
يجبر الصانع لانه لا يمكنه الا بالتلاف عين له من قطع الاديم ونحوه والاجارة تفسخ بهذا العذر الا يرى ان المزارع له
ان لا يعمل اذا كان البذر من جهته وكذا رب الارض لانه لا يمكنه المضي بهذه الاجارة الا بذلك والمستصنع ولو شرط
تعجيله لان هذه الاجارة في الآخرة شراء لما مر وكان جواز الاستصناع للحاجة وهو في الجواز لا اللزوم ولذا قلنا
للصانع ان يبيع المصنوع قبل ان يراه المستصنع لان العقد غير لازم وما بعد ما راه فالاصح انه لا خيار للصانع
بل اذا قبله المستصنع اجبر على دفعه له لانه بالآخرة تابع له

مسايل منثورة المسايل التي تشد عن الابواب المتقدمة فلنذكرها اذا استدركت سميت مسايل منثورة اي عن ابوابها

المعلم وغير المعلم في ذلك سواء هذا الطلق في الاصل فنشي بعضهم على اطلاقه كالعتبي وفي نوادر ابن سماعة على منع
بيع العقور وعلى هذا مشى في البسوط فقال يجوز بيع الكلب اذا كان يحال يقبل التعليم ونقل عن النوادر انه يجوز
بيع الجرو لانه يقبل التعليم وانما لا يجوز بيع الكلب العقور الذي لا يقبل التعليم وقال هذا هو الصحيح من
المذهب قال وهذا نقول في الاسد اذا كان يقبل التعليم ويصطاد به يجوز بيعه واذا كان لا يقبل التعليم
والاصطياد به لا يجوز قال والفهد والبازي يقبلان التعليم فيجوز بيعهما على كل حال انتهى فعلى هذا ينبغي ان
لا يجوز بيع النمر بحال لانه لم يشرع تعليما وفي بيع القرد روايتان عن ابي حنيفة رواية الحسن الجواز ورواية
ابي يوسف بالمنع وقال ابو يوسف اكره بيعه لانه لا منفعة له انما هو للهو وهذه جهة محرمة ووجه رواية الجواز
انه يمكن الانتفاع بجلده وهذا هو وجه رواية الطلاق بيع الكلب والسباع فانه مبني على ان كل ما يمكن الانتفاع بجلده
او عظمه يجوز بيعه ويجوز بيع الهرة لانها تصطاد الفار والهوام الموذية فهي منتفع بها والا يجوز بيع هوام الارض
كالحيات والعقارب والفارة والنمل والوزغ والقنافذ والضب والهوام البحرية كالضفدع والسرطان وذكروا
الليث انه يجوز بيع الحيات اذا كان ينتفع بها في الادوية وان لم ينتفع فلا يجوز ويجوز بيع الدهن النجس لانه ينتفع به
للاستصباح وهو كالحشرات اما العذرة فلا ينتفع بها الا اذا خلطت بالتراب ولا يجوز بيعها لانها للتراب
المخلوط بخلاف الدم ينتفع مطلقا وقال ابو حنيفة لا يجوز بيع الكلب مطلقا سواء كان للصيد او لم يكن واما افتراؤه
للصيد وحراسة الماشية والبيوت والذرع فيجوز بالاجماع لكن لا ينبغي ان يتخذه في داره الا ان خاف لصوصا او عدا
للحديث الصحيح من اقتنى كلبا الا كلب صيد او ماشية نقص من اجره كل يوم قيراطان ووجه قوله ما روى ابن حبان
في صحيحه عن حماد ابن سلمة عن قتيبة ابن سعد عن عطاء ابن ابي رباح عن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ان مهر
البغي وثمن الكلب وكسب الحجام من السحت واخرجه الدارقطني بسند ضعيف وفي الصحيحين عن ابي مسعود
الانصاري ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن وفي صحيح مسلم عن جابر ان
النبي صلى الله عليه وسلم زجر عن ثمن الكلب ولانه نجس العين والنجاسة تشعر بهوان المحل والبيع برفعته فلا يجتمعان
وعارضه المصنف بوجهين احدهما انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية وهو غريب
بهذا اللفظ ثم اخرج الترمذي عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب الا كلب صيد وضعفه
الترمذي قال وقد روي ايضا عن جابر مرفوعا وليس اسناده والاحاديث الصحيحة ليس فيها هذا الاستثناء
لكن روى ابو حنيفة في مسنده عن الهيثم عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال ارخص رسول الله صلى الله عليه وسلم
في ثمن كلب الصيد وهذا سند جيد فان الهيثم ذكره ابن حبان في الثقات من اتباع التابعين وبهذا الحديث
على انهم يعلم مخصصا والمخصص بيان للمراد بالعام فيجوز ان كان دونه في القوة عندهم حتى اجازوا التخصيص
العام القاطع بخبر الواحد ابتدا فبطل مدعاهم من عموم منع البيع ثم دليل التخصيص مما يطول وخرج من العام من
احرزي وتعليل اخراج كلب الصيد ساطع انه كونه منتفعا به وخصوص الاصطياد ملغى اذ لا يظهر موجب

لذلك فصار الكلب المنتفع به كما رجحوا المنتفع به في صيد او حراسة ماشية ونحو ذلك ومن هذا يعلم ما في
المذهب من التعميم في جواز بيع الكلب قول كل كلب يباح منه الحراسة فيجوز بيعه الكلب وجوز عليه انه حمل
نسخ لوجوب العام بالتعليل والناسخ بقياس فالوجه ان معلل دليل التخصيص فيتبع ما يرد عليه منسوخ ويدعى في العقور
ان منسوخه نزل على منفعته حراسة لان منفعته خاصة يقترن بها ضرر عام للناس فيخرج ما سواه وقصر بعض
الشارحين نظره على الحديث فحكم بانه ليس دليلا على المذهب بل ذكره لنفي مذهب الخصم اعني شمول المنع فيحتاج
بعده الى دليل المذهب وليس الا الوجه الثاني وعلى تقرير نا يتم الاول ايضا وقد استدل في الاسرار وغيره
من الشروح على عموم بيع الكلب بان عبد الله بن عمرو بن العاص روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قضى في كل باذن
درهما ولم يخصص نوعا من انواع الكلاب وهذا الحديث اذا لا يعرف الا موقوفا حدث به الطحاوي عن يونس وهو ابن
عبد الاعلى عن ابن وهب عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عبد الله بن عمرو انه قضى في كلب صيد قتله رجل
باربعين درهما وقضى في كل كلب ماشية بكبش وذكر انها موافقة حال لا توجب العموم في انواع الكلاب فحملها دليلا على العموم
خطأ ظاهرا ثانيهما هو قوله ولانه ينتفع حراسة واصطيادا فكان مالا يعني مالا مملوكا منتفعا بها كونه مالا فلان
المال اسم لعين الادمي خلق لمنفعته المطلقة شرعا وهذا كله كذلك فكان مالا واما انه مملوك منتفع به فلانه محرز
ماذون شرعا في الانتفاع به والملك يثبت بالاحراز بدار الاسلام والتقوم بالتمول وكلاهما ماذون فيه شرعا
اذ قد اذن الشرع في اقتناء كلب الماشية والصيد واذا كان كذلك جاز بيعه ولا يخفى ان هذا المعنى لا يترجح على النص
الصريح الصحيح غاية ما في الباب ان يسلم انه باب محرز منتفع به لكن يثبت منع الشرع من بيع هذا النوع من المال فاجاب
المصنف بادعاء نسخ المنع من ذلك وذلك لما قلنا اول الكتاب من ان الامر بقتل الكلاب كان امرا محققا في الاول
من رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم علم نسخ ذلك برواية ثوبان قتلها على ما حدث الطحاوي عن ابي بكره قال ثنا سعيد بن عامر
قال ثنا شعبة عن ابي التياح عن مطرف عن عبد الله بن المغفل قال امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتل الكلاب ثم قال
ما بالي والكلاب ثم رخص في كلب الصيد وفي كلب آخر نسيه سعيد وهذا المعنى طرق كثيرة توجب حمل ما روى من
التشديد في صورها والنهي عن ثمنها وبيعها ثم الترخيص في بيع النوع الذي اذن في اقتنائه الاول على الحالة الاولى
والثاني على الثانية فكان منع البيع على العموم منسوخا بالطلاق بيع البعض بالضرورة واما بما روى عن قول عثمان
بالمنع بدليل الطلاق الانتفاع به وقال ولو سلم فنجاسة عينه توجب حرمة اكله لا منع بيعه بل منع البيع يمنع الانتفاع
شرعا وهذا الجر نابيع السرقين والبعر مع نجاسة عينه طلاق الانتفاع بها عندنا بخلاف العذرة لم يطلق الانتفاع
بها فمنع بيعها فان ثبت شرعا اطلاق الانتفاع مخلوطة بالتراب ولو بالاستهلاك بالاستصباح بالزيت النجس قابل
جاز بيع ذلك التراب التي في ضمنه وقال مشايخنا انما امتنع بيع الخمر لنص خاص في منع بيعها وهو قوله صلى الله عليه وسلم
فيما اخرج مسلم عن عبد الرحمن ابن وعلة قال سألت ابن عباس عما يعصر من العنب فقال ابن عباس ان رجلا اهدى الى النبي صلى الله عليه وسلم
راوية خمر فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم هل علمت ان الله حرمها قال لا فسار انسانا فقال له رسول الله صلى الله
عليه وسلم بم سارر ته قال امرته ببيعها فقال ان الذي حرم شربها حرم بيعها قال ففتح الزادة حتى ذهب ما فيها واخرج
البخاري عن جابر انه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الفتح يقول وهو بمكة ان الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام
فقيل يا رسول الله ارايت شحوم الميتة فانه يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس فقال لا هو حرام
ثم قال قاتل الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوه فباعوه واكلوا ثمنه وهذا تم به شرح المسئلة الذكورة بعد
هذه المسئلة وقوله وقد ذكرناه يعني في باب البيع الفاسد ويقوم ما سكا لا على جواز بيع السرقين اللهم الا ان يقال لا بد
ان لا بد من تقدير في نحو حرم من الخمر فانا بينا في الاصول ان المحرم هو المضاف الى الاعيان تقديرا ما فيه
من ذلك العين كالشرب من الخمر والاكل من الميتة والبيس من الخمر برفعه على ارفعه صلى الله عليه وسلم في حديث ان الله حرم شيا يعني فاحرم
ما هو المقصود من الشيء حرم بيعه واكل ثمنه فالمقصود من الخمر والمقصود من الميتة والخنزير هو الاكل والشرب وليس هذا
في السرقين فلم يثبت فيه تحريم البيع فان قال النجاسة سبب قلنا ممنوع فيحتاج الى دليل آخر اما هذا الحديث فانما
يفيد ان تحريم ما هو المقصود من الشيء موجب لتحريم بيعه واهل الذمة في المبايعات كالمسلمين يجوز لهم منها

ما يجوز للمسلمين ويمنع عليهم ما يمنع المسلمين ويجب عليهم ما يجب على المسلمين في المبايعات والتصرفات محمولون على ما يشرطونه وقد
اليزموا احكامنا بالاقامة في دارنا واعطاء الجزية فلا يجوز منهم بيع درهم بدرهمين يدا بيد لانهم الزموا في ديوان ذا
نسيئة في صرف وكذا كل ما يكال ويوزن مما فيه الربا في البيوع كالمسلمين الا في الخمر والخنزير فانا نجيز بيع بعضهم بعضا الخمر
فيه من قول عمر اخرجه ابو داود في سننه في كتاب الخراج عن اسرائيل عن ابراهيم عن عبد الاعلى قال سمعت سويد ابن غفلة
يقول حضر عمر ابن الخطاب واجمع اليه عماله فقال يا هؤلاء انه بلغني انكم تاخذون في الجزية الميتة والخنزير والخمر
فقال بلال اجل انهم يفعلون ذلك فقال فلا تفعلوا ولكن ولوا اربابها بيعها ثم خذوا الثمن منهم ولا تحيزوا بينهم بيع الميتة
والدم والحديث الذي ذكره المصنف في ذلك وهو قوله صلى الله عليه وسلم اعلموا ان لهم ما لنا لهم وعليهم ما علينا للمسلمين لا يعرف
ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بالف درهم علي انه ضامن لك خمسمائة منه من الثمن سوى الالف فقال بعت ذلك
جاز وهو جواب للكل سواء كان قول الضامن ذلك بعد مواضعة بين فلان وسيد العبد بالف وابا او ابتداء قال في
بعض الشروح ويكون البيع بعده دلالة على القبول لانه امتثال بذلك كقول الرجل لامرأته طلقي نفسك ان شئت فقالت
طلقت فجعل قبولا استحسانا فكذا هذا وفي بعض ما يفيد انه اجاب فانه قال ولو لم يكن ابا او لا مساومة وصل
اجابا على ما مر من انه لو قال بعني هذا بكذا فقال بعت لا ينعقد حتى يقبل الآخر بعده خلافا لمالك في نفسك في التفويض
في الخلع فلا بد ان المشتري يقول بعد بعت من البايع استريت او معناه على ما سلف هناك ولو لم يقل من الثمن فباع جاز
البيع بالف فقط لانه اذا قال من الثمن فقد اضاف التزامه زيادة خمس مائة في الثمن الذي بيعه والزيادة في الثمن جايزة
عندنا خلافا لزفر وان في الضمان جايز الاضافة فقد وجد المقتضي للزوم بلا مانع واذا لم يقل من الثمن يلتزم
الخمس مائة من الثمن بالتزام ما لا يعطيه اياه ان باعه بالف وهذه رشوة واذا لم تقابل بالمبيع بحيث لا يقابل من الثمن
فيتعقد بالف فقط ثم في الاولى ان كان بامر المشتري كما لو قال ان حبس المبيع حتى اخذ الخمس مائة فانا ضامن ان البيع
على المشتري صار بالف وخمس مائة والمشتري ان يراجع على الف وخمس مائة ولو كان دارا لها شفيع اخذها بالف
وخمس مائة ولو وجد بعيب او تقايلا فالبايع يرد الالف على المشتري والخمس مائة على الضامن ولو كان بغير امره لم يثبت
الزيادة في حق المشتري فليس للبايع حبس المبيع على الخمس مائة ويراجع على الف وباخذها الشفيع بالف ولو وجد
بعيب او تقايلا البيع فلا شيء للاجنبي ان يسترد الخمس مائة فان قيل ينبغي ان يصح هذا كما لو اشترى على ان الثمن على الاجنبي
لا يجوز فكذا على ان يكون بعضه عليه اجاب الكرخي لم يكن ثمنا على ان الثمن على الاجنبي لا يجوز اذا لا رواية فيه عن اصحابنا
وتعليله الرازي بان محمدا رضي الله عنه اذا اشترى عبد زيد على عمرو بغير امره ليس للبايع ان يطالب عمرا بشيء لانه شرط في البيع لا يلزم
فاذا لم يلزم اذا كان اصل الثمن على غير المشتري ثم اختار الناس ان لا يجوز ولكنا تركناه بمعنى حديث ابي قتادة
في الذي امتنع النبي صلى الله عليه وسلم من الصلوة عليه للدين الذي عليه فالتزمه ابو قتادة فصلى عليه فعند التزام دينا في
مقابلة شيء يحصل للملتزم وهنا الزيادة من الاجنبي كذا ذكر اذ لم يحصل للاجنبي في مقابلة شيء ودفع بانه لو كان
بالنظر الى معنى هذا الحديث لزم جواز اشتراط الكل على الاجنبي والجواب ذلك فالجواب هو ما ذكر المصنف
ان هذه الزيادة لما شبه بدل الخلع حيث لم يكن في مقابلته شيء على المسلم الملتزم وبدل الخلع جوز اشتراطه على الاجنبي وقد
يقال هذا التعليل قاصر فان الزيادة كما تكون لا في مقابلة شيء تكون في مقابلة شيء ووجود ما في مقابلة شيء في
اكثر احوال العقد فان احواله ثلثة كونه خاسرا وارابحا وعدلا وكونها لا في مقابلة شيء وجه من الثلثة وهو كونه
رابحا فلا يجوز اعتبارا للاقل بل الواجب اعتبار الحال الاغلبية في المتعارف خصوصا اذا كان مبنى على احكام شرعية فالاولى
ما قيل ان الزيادة تشبه تبعا فجاز ان تثبت على الغير بخلاف اصل الثمن الثابت مقصودا فان قيل لو ثبتت الزيادة عثنا
والاجنبي ضامن بها لزم جواز مطالبة المشتري بها كما لو كفل قلنا لا يلزم من صحة الكفالة توجه المطالبة على الاصل
الا ترى ان من قال لزيد على فلان الف وانا كفيل بها فانكر الكفيل طولب الكفيل بها دون فلان فجاز هنا كذلك هو ذلك
لان المشتري لم يلتزمها انما التزم هذا القدر من الثمن الاجنبي في الحكم لا يثبت بلا سبب ومن اشترى جارية
ولم يقبضها حتى زوجها فوطيء الزوج فالنكاح جايز ووطيء الزوج فبض من المشتري فلا في الثلثة اما الاول

فلو جوز وسيب وابا ١ كاح في الامة وهو ملك الرقبة في الكل خلاف مالو ملكها في الثاني كما في ملك المتزوج به
واما جاز انكاحها قبل القبض ولم يجز بيعها قبله ثمن البيع يفسد بالعقد دون النكاح وفي البيع قبل القبض احتمال
الانتقاض بالهلاك قبل القبض والنكاح لا ينفسخ بهلاك المعقود عليه اعني المراة قبل القبض وانما القدرة على التسليم
شرط في البيع وذلك انما يكون بعد القبض وليست بشرط لصحة النكاح الا ترى ان بيع الآبق لا يصح وتزويج الابنه
يجوز وحاصل هذا انه تعليل المتن عن البيع قبل القبض واذا كان كذلك لم يكن الوارد منه البيع قبل القبض واردا
في النكاح قبل القبض لبنيت بدايته واما الثاني فلان وطي الزوج حصل بتسليط من المشتري حضر او فعله كفعل
المشتري ولو وطيها المشتري كان قابضا فكذلك الزوج ولو لم يطها الزوج لا يكون المشتري قابضا استحسانا
حتى لو هلكت بعد التزويج قبل الوطي هلكت من مال البايع والقياس ان يصير قابضا بمجرد التزويج وهو رواية عن
ابي يوسف حتى اذا هلكت بعده ذلك هلكت من مال المشتري لان التزويج تعييب للمبيع ولذا ثبت خيار الرد اذا
اشتري جارية فوجد بها ذات زوج والمشتري اذا عاب المبيع يصير قابضا فكذا له وجه الاستحسان انه لم يتصل به
فعل حسي من المشتري والتزويج تعييب حكمي بمعنى تعليل الرغبات فكان كنقصان السعر والاقرار منه
عليها بدين والمشتري اذا قبض المبيع لا يصير بذلك قابضا له فكذا بمجرد التزويج بخلاف الفعل
الحسي كان قطع عضوا مثلا او قطع يدها فانه انما يصير به قابضا لما فيه من الاستيلاء على المحل واستكمل به هذا الاعتراض
والتدبير فانه يصيرها قابضا وليس باستيلاء على المحل بفعل حسي والجواب انا قلنا ذلك فيما يكون نقل الفعل قبضا
فالمعنى ان الفعل الذي يكون قبضا هو الفعل الحسي الذي يحصل الاستيلاء والقبض الحاصل بالعتق ضروري ليس مما
نحن فيه وذلك انه انما للملك ومن ضرورة انها الملك كونه قابضا والتدبير من وادية لان به ثبت حق
الحرية للمدبر دون التزويج هذا واذا فاسخ النكاح قبل القبض فلو انتقض البيع بطل النكاح في قول ابي يوسف خلافا
لمحمد قال الصدر الشهيد والمختار قول ابي يوسف لان البيع متى انتقض قبل القبض انتقض من الاصل فصار كان لم يكن
فكان النكاح باطلا وقيد القاضي الامام ابو بكر بطلان النكاح ببطلان البيع قبل القبض بما اذا لم يكن بالموت حتى
لو مات الجارية بعد النكاح قبل القبض لا يبطل النكاح وان بطل البيع ومن اشترى عبدا فغاب قبل القبض
ونقد الثمن وقام البايع البينة انه باعه اياه ولم يقبض الثمن فان كانت غيبة المشتري غيبة معروفه لم يبعه
القاضي في دين البايع لانه يمكن اتصال البايع الى حقه بدون البيع فيكون ابطالا لحق المشتري في العين المبيعة
من غير ضرورة وان لم يدر اين هو بيع العبد واوفى الثمن بنصب الثمن متعوا فانيا البيع وقولهم وان لم يدر اين
هو بيان ان الغيبة المعروفة ان يعلم اين هو وقول المصنف في تعليل بيع القاضي ان مال المشتري ظهر بإقراره يعني
باقرار البايع فيظهر على الوجه الذي قربه وهو كونه مشغولا بحقه يبين ان البيع من القاضي ليس بهذه البينة
انما لا تقام لاثبات الدين على الغايب فانها في الاكثف اكمال لبينة القاضي في البيع نظرا للغايب لا لاثبات الدين عليه
فانه لو لم يقم لم يجب الى ذلك واذا تعذر استيفاؤه والعرض انه احق بالعين هذا العبد لانه كالمرهون في يده الى
استيفاء الثمن حتى لو مات المشتري مفلسا كان البايع احق بالعبد من سايرالغرما كالمرتهن اذا مات الراهن فانه
احق من سايرالغرما فبعينه القاضي على بيعه بخلاف ما بعد قبض المبيع لان حقه الى البايع لم يبق متعلقا به بل صار دينا في
ذمة المشتري والبينة حينئذ لاثبات الدين واثبات دين على غايب فلا يمكن القاضي من البيع وقضا الدين
وهذا طريق الامام السرخسي وتعذر بتصريح الاسلام بشر بخلافه حيث قال القياس ان لا تقبل فيه البينة لانها على اثبات
حق على الغايب وليس ثم خصم حاضر لا قصدي ولا حكمي وهو كما ترى انما على غايب لا يعرف مكانه لا تقبل وان كان لا يصل
الى حقه وفي الاستحسان تقبل لان البايع عاجز عن الوصول الى الثمن وعن الانتفاع بالمبيع واحتاج الى ان ينفق عليه
الى ان يحضر المشتري وربما تزيد النفقة على الثمن والقاضي ناظر لهما حتى تفرق الناس فكان للقاضي ان يقبلها
لدفع البلية بخلاف ما لو اقام بينة حتى على الغايب لتنزع شيء من يده لا يقبل والاجماع في مثله لدفع البلية
عن البايع ولبس فيه ازالة يد الغايب عما في يده لان البايع يستوفي حقه مما في يد وارد عليه انه يستلزم بيع
المنقول قبل القبض اجيب بان من المشايخ من قال ينصب القاضي من يقبضه ثم يبيعه وقال اخرون لا حاجة الى ذلك

انه هذا البيع ثبت ضد الاول بغير حق فيعود حق المفسود المظلوم للبايع باخذ عينه والبيع ضمن هذا اذا كان المشتري
واحدا فغاب فلو كان المشتري اثنين فغاب احدهما فقبل احدهما الحاضر لا يملك قبض نصيبه الا بنقد جميع الثمن
بالاتفاق فلو نقده اختلفوا في موضع الاول هل يجبر البايع على قبول صحة الغايب عند ابي يوسف لا وعند
ابي حنيفة ومحمد يجبر والثاني لو انه قبل هذا يجبر البايع على تسليم نصيب الغايب للحاضر عند ابي يوسف لا بل
يقبض لا نصيبه على وجه المهايأة وعندهما يجبر والثالث لو قبض الحاضر العبد هل يرجع على الغايب بما نقده
عند ابي يوسف لا وعندهما يرجع وللحاضر حبس نصيب الغايب اذا حضر حتى يعطيه ما نقد عنه وجه ابي يوسف
ان الحاضر قضى دين الغايب بغير امره فكان متبرعا فلا يرجع واذا لم يكن له الرجوع لم يكن له قبض حصته لانه
اجنبي عنها ولهما انه مضطر فيه اي في دفع حصة الغايب لانه لا يمكنه الانتفاع بملكه الا بادا الجميع لان البيع
الصادر منهما في البايع صفقة واحدة والمضطر يرجع وله حق الحبس وصار كمعير الرهن اذا افلس المرتهن
وهو المستعير او غاب فان المعير اذا افتكه بدفع الدين رجع على الراهن لانه مضطر فيه وكمن كان صاحب العلو
اذا سقط بسقوط السفل كان له ان يبني السفل اذا لم يمنعه مالكه بغير امره ليتوصل به الى بنا علوه ثم يرجع
عليه وان لم يمكنه من حوله مالم يعطه ما صرفه غير ان في المسئلة السفل لا يفترق الحال بين كون صاحبه
غايبا او حاضرا وفي مسئلتنا اثبت له حق الرجوع الا اذا كان غايبا لانه اذا كان حاضرا لا يكون مضطرا
في ابقاء الكل اذ يمكنه ان يخاصمه الى القاضي في ان ينقد حصته ليقبض نصيبه بخلاف مسئلة السفل فان صاحب
العلو لو خاصمه في ان يبني السفل لا يقضى عليه ببنائه فكان مضطرا الى حضوره لعمارته وله اي للحاضر وقبل
صرف حضوره ومنعه في عدم الاضطرار ما لو استاجر رجلان دارا فغاب احدهما قبل نقد الاجرة فنقدها الحاضر
جميعها لا يكون متبرعا لانه غير مضطر في نقد حصة الغايب اذ ليس للاجر حبس الدار لاستيفاء الاجرة ذكره
الخصاف اشتى واذا ثبت حق الحبس في مسئلتنا للحاضر فله حبسه الى ان يستوفي الكل ولو بقي درهم والوكيل
بالشراء اذا نقد الثمن من مال نفسه له ان يحبس المبيع عن الموكل الى ان يعطيه جميع الثمن ومن اشترى
جارية الى اخره صورتها ان يقول اشتريت هذه الجارية بالف دينار ذهب وقبضتها او يقول البايع بعتك
هذه الى اخره ولفظ الجامع في رجل يقول لرجل ابيعك هذه الجارية بالف مثقال ذهب جيد وقبضتها
قال هما نصفان خمس مائة مثقال ذهب وخمس مائة مثقال فضة ويشترط بيان الصفة من الجودة وغيرها خلافا
لما لو قال من الدراهم والدنانير لا يحتاج الى بيان الصفة وينصرف الى الجياد وعرف من هذه العبارة ان البيع
ينعقد بلفظ المضارع وان احتمل العدة اذا اراد به الحال وقيل بل هذه العبارة مساومة والمعنى انه اذا قال
له ذلك ثم باعه على هذا الوجه ثبت الانتقاد وفيه ان اضافة المثقال الى الذهب ثم عطف الفضة عليه
مرسلا يوجب كون الفضة ايضا مضافا اليها المثقال وينبغي وهم ان يعتبر جهالة الفضة لان المثقال غلب
في الذهب فصيرا الفضة مرسلة عن قيد الوزن بل ينصرف اليها ولذا صفة الجودة لان العطف يوجب الاشتراك
على وجه المساومة بين المعاطيين فالمثقال المتعارف من الذهب والفضة الا يرى انه لو قال عبدت صرفا
وامرأته طالق وقعا جميعا عند ابي حنيفة خلافا لهما كما ذكره في كتاب الفوائض في المبسوط لو قال الف من الدراهم
والدنانير فعليه خمس مائة دينار بالمقابيل وخمس مائة درهم وزن سبعة لانه المتعارف في الدراهم ينصرف
اليه ولذا لو قال الف من الذهب والفضة وجب خمس مائة مثقال من الذهب وخمس مائة درهم بوزن سبعة
من الفضة لان المتعارف في وزن الذهب والفضة ذلك وليس بعضها ما ينصرف احدهما من المتعارف فيه فينصرف
الى الوزن المعهود في كل منهما ويجب كون هذا اذا كان المتعارف في بلد العقد في اسم الدراهم ما يوزن سبعة والمتعارف
في بعض البلاد الآن كان مرو الحجاز ليس ذلك بل وزن ربع وقيراط من ذلك الدرهم واما في عرف مصر لفظ
الدرهم ينصرف الآن الى اربعة دراهم بوزن سبعة من الفلوس الا ان يقيد بالفضة فينصرف الى درهم
بوزن سبعة فان ماد ونه تقل او خف يسمونه نصف فضة وكذا هذا الانتقاد في كل ما يقدر به من الكيل والوزن
والثياب وغيرها فرضا او سلما او غصبا او وديعة او بيعا او شركا او مهرا او وصية او كفالة او جعلا في خلع ومنه

وصفه للمالك فهو لواجده وان لم يعرف صاحبه وان اخذ اللاخذ ولو بارض صيد في ارض موات او في ارض مملوكة فهو لصاحب الارض فمن صاد
الارض فله كان بشرط ضمن قيمه لصاحب الارض ان اخذه منه قبل ان يرسله صاحب الارض فان رسله منه بان كان بحضرته كان الصيد لرب الارض
لما كان فيوده اكثر كان وجوده اقل فقدم ما هو اكثر وجودا ايضا لما كان عقدا على الاثمان والثمن في الجملة
بيع لما هو المقصود من البيع اخر عن البيوع المتضمنة للمقاصد الاصلية اعني المبيعات ومنهم من لغة وشرعا
ذكر الصنف وشروطه التقابض للدليلين قبل الافتراق وان اختلف المجلس وهذا لم يصح فيه اجل ولا اختيار شرط
ان خيار الشرط يمنع ثبوت الملك او تمامه على الرايين منهم وذلك يخل بالقبض المشروط وهو القبض الذي يحصل
به التعيين بخلاف خيار الرويه والعيب لا يمنع الملك في المبيع ولا يمنع تمام القبض فلو افترقا وفي الصرف خيار عيب
او رويه جاز الا انه لا يتصور في النقد وسائر الديون فيما رد به لان العقد ينعقد على سلامة العينين فلا يلزم الا برضاه
والحلي ولو استطاع المجلس خيار الشرط والاجل عاد الصرف صحيحا خلافا لزفر واورد عليه ليس جائزا ان يقال
التقابض شرط الجواز وهو متاخر عن العقد فانما هو حكمه والجواب ان المختار انه ليس الا شرطا بقاءه على الصحة
فالاستدلال على قول البعض القائلين انه شرط الجواز واجابوا بان تاخره ضرورة نفي ايجاب قبض ملك الغير
وهو معتبر مقارنا او منتقرا ما شرعا وان كان متاخرا صورة واعلم انه ينبغي ان يستغنى عن هذا التكلف
بارتكاب القول الاخر واما مفهومه شرعا فبيع ما من جنس الاثمان بعضها ببعض وهذا قول القدوري الصرف
هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان وانما قال من جنس الاثمان ولم يقتصر على قوله بيع ثمن بثمن
ليدخل بيع المصوغ بالمصوغ او بالنقد فان المصوغ بسبب ما اتصل من الصنعة به لم يبق ثمنا صرفا ولذا يتعين
في العقد ومع ذلك بيعه صرف وانما سمي اصطلاحا به لان مفهومه اللغوي هو الشد والربط ومنه في دعاء الاستخارة
فاصرفه عني واصرفني عنه ونقل كل من الدليلين عن مالك في الاخر بالعمل شرط جواز فكان في المسمى معنى
اللغة فسمي باسم ذلك المعنى المشروط فيه او هو اريد معناه اللغوي الزيادة وهذا العقد لا يقصد به الزيادة
دون الانتفاع بعين البدل الاخر في الغالب لانه لا ينتفع بعينه كالاثمان بخلاف الطعام والشرب والمراد ان قصد
كل من المتعاقدين التجارة والربح فيه بالنقل والا فلا العقد عن الغاية والزيادة تسمى صرفا ومنه سمي العبد
الناقل صرافا في قوله صلى الله عليه وسلم من انتمى الى غير ابيه لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا فذكر المصنف ان المراد
بالصرف الناقلة التي هي زيادة وبالعدل الفرض الذي هو حق عليه وكلاهما مناسبة تسمية الفرض
عدلا فقيل عليه فقد فسر الزمخشري بغير هذا قال في الفايق في ذكره صلى الله عليه وسلم لامر المدينة من احدث فيها
حدثا او اوى محدثا فعليه لعنة الله الى يوم القيمة لا يقبل منه صرفا ولا عدلا الصرف التوبة لانه صرف
النفس عن الذنوب الى البر والعدل العدية من المعادلة والفدا يعادل نفسه والمراد من احداث الحدث فعل
ما يوجب الحد والجواب ان اهل اللغة اختلفوا في ذلك فقد ذكر في الجمهرة عن بعض اهل اللغة الصرف الفريضة
والعدل النافلة والعزيمين عن بعضهم الصرف النافلة والعدل الفريضة كما ذكر المصنف ولا اعتراض حينئذ
الا ان واعلم ان الاموال تنقسم الى ثمن على كل حال وهي الدراهم والدنانير صحيحا حرفا لا أو كسرا كان ما يتعامل به
من جنسها او من غيره والى ما هو مبيع على كل حال وهو ما ليس من ذوات الامثال من العروض كالثياب والحيوان
والى ما هو ثمن من وجه مبيع من وجه وهو المكيل والموزون فانها اذا عينت في العقد كانت مبيعة وان لم
تعين فان صحبها حرف الباء فالمبيع فيه ثمن وان لم يصحبها حرف الباء او لم يتعامل به ثمن فهي مبيعة وهذا الاثمن ما يثبت
في الذمة دينا عند المقابلة قال العراقي في قوله تعالى وشروه بثمن بخس الثمن ما يثبت في الذمة دينا والمعقود
لا يستحق بالعقد الا دينا خلافا للايمة الثلثة فعندهم يتعين الذهب والفضة اذا عينت حتى لو هلكت الدراهم المعينة
في البيع قبل القبض بطل البيع ولا يجوز استبدالها هذا تقسيم المال باعتباره في نفسه وتنقسم باعتبار الاصطلاح على
الثمنية وهي في الاصل سلعة ان كانت رابحة فهي ثمن لا تتعين بالتعيين وان كانت كاسدة فهي سلعة كالفلوس
فان باع فضة بفضة او ذهبا بذهب لا يجوز الا مثلا بمثل يعني في العلم بحسب نفس الامر فقط وان

ما لو قال بعتك هذا الثوب [illegible] وعلى له الا درهما من كل عشرة وعلى له الا درهما من دراهم يا دينار
عشرة ونيفا وهو اربع دراهم لان الله تعالى سماها نيفا حيث قال ثم ليسجنن حتى حين والحين اذا اطلق
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف له ان يبرهن على الزيوف ويرجع بالجياد وذكر في مختصر الاسلام وغيره ان
قولهما قياس وقول ابي يوسف هو الاستحسان له انه حقه في الجودة مرعي لحقه في المقدار وقد تعذر ضمان الوصف
بانفراده لانه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير الى ما قلنا من ضمان الاصل ليصل الى الوصف ولهما انه
اي الزيوف من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال به كالصرف وراس مال السلم جاز وما جاز لا لانه
لم يعتبر استبداله الا. ل نقص الحق فيتبع به الاستيفاء انما يتحقق حقه في الجودة ولا يمكن تداركها بايجاب ضمانها
وجه هلاك الدراهم لما ذكرنا من انه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها ولا ايجاب ضمان الاصل لانه ايجاب له
عليه يعني هو ايجاب للقابض على نفسه ولا نظير له في الشرع الا ان ابا يوسف يتفصل بمنع انه لا يمكن تداركها
بايتداركها بما ذكر من ايجاب المثل يمكن وهذا لما لو وجدها ستوقه او بنهرجة فهلكت البيع بسرمتها فان
قالا الستوقه ليست من جنس الجياد حتى لا تصير مقتضيا حقه بها قلنا وكذلك لا يصير مقتضيا حقه بالرديء
الا ان علم رديء باعتبار انه حينئذ تارك لبعض حقه وهو صفة الجودة فولم فيه مانع وهو كونه يحبس له
عليه لانه قبض جنس حقه فاذا ضمن مثله كان الوجوب لنفسه على نفسه اذ المديون لا يضمنه شيئا قلنا يجوز
ذلك اذا فاد كالمولى اذا اتلف بعض اكساب عبده الماذون المديون وقد انفاد هنا تدارك حقه فصار
كثرا الانسان مال نفسه بالمثل الا ان يفيد نحو ان يشتري مال المضاربة او كسب عبده الماذون المديون وعما
ذكرنا بطل قوله لا نظير له في الشرع وبجاب بمنع الانحاد في المستهلك بل الضمان في الماذون للغرماء وهنا المقبض
كله ماله ومن نوع الحق ومن عليه واحد وهو رب الدين ولا نظير له وفي النوازل اشترى بالجياد ونقد الزيوف
اخذها المتبع بالجياد لانه انما باع ما اشترى وله باعها مرابحة فان راس المال الجياد وفي الاجناس
اشتري بالجياد ونقد الزيوف ثم حلف انه استراها بالجياد قال ابو جعفر لا يحنث وقال ابو يوسف
يحنث والله الموفق واذا اقر طير في ارض رجل فهو لمن اخذه وكذا اذا باض فيها وكذا اذا تكسر فيها ظبي اي
دخل كناسه والكناس بيت الظبي وفي بعض النسخ بكسر اي وقع فيها فتكسر وتحرز به عما لو كسر رجل جرى
فانه لذلك الرجل لا للاخذ ولا يختص بصاحب الارض لانه اي كان كالمن الطير والعذق والبيض وقد اصلحه في نسخة
لانه مباح سبق يده اي الاخذ اليه ولانه صيد وان كان يوخذ بالحيلة والصيد لمن اخذه والبيض اصل الصيد
فالحق به ولهذا يجب عنه الجزاء على المحرم بكسر او شيه لانه المعقود بقوله تعالى تناله ايديكم في قوله تعالى
ليبلونكم الله شيء من الصيد تناله ايديكم ورماحكم كذا اذكره وقوله وصاحب الارض لم يعد ارضه جعله حالية هي قيد
لقوله فهو لمن اخذه اي حالة كون الاخذ اذا لم يكن صاحب الارض اعدها لذلك بان حوط فيها بيت البسط فيها او اعد مكانا
للفراخ ليأخذها فان كان اعدها لذلك لا يملكها الاخذ بل رب الارض يصير بذلك قابضا كما لو نصب شبكة
ليصيد فتعلق بها صيد فهو لمن اخذه لا لصاحب الشبكة لانه لم يوجد الآن للاخذ وكذا اذا دخل الصيد داره
ولم يعلم فاغلق بابه فهو لمن اخذه فان علم به واغلق الباب عليه او سد الكوة كان لصاحب الدار ولذا اذا وقع
في بئر به الماء من المكر او الدراهم فهو لمن اخذه ما لم يكن توجه اليه الساقط فيه وما هو مصدرية نابية
عن ظرف الزمان عدم كونه التوب وقوله او كان مستعدا له اي للثياب بان بسط ثوبه لذلك عطف على مقدر تقديره
وان كان مستعدا فهو له اما اذا اعد النحل في ارضه فهو لصاحب الارض لانه عد من انزاله اياه من زيادة
الارض اي ما نبت فيها فيملكه تبعا للارض كالشجر الثابت فيها وكالنزاب والطين المجتمع فيها بحريان الماء عليه
والانزال جمع نزل وهو الزيادة وذكر ضمير لانه وهو عائد الى الارض وهي مؤنثة على تاويل المكان ومثله وقع في
شعر العرب قال وما مزنة ودقت ودقها ولا ارض ابقل ابقالها ومن جنس هذه المسايل لو اتخذ في ارضه
حظيرة تدخل الماء والسمك ملكه ولو اتخذت كاجة اجري فيها فاخذ السمك فهو له ولذا في حوض الحفر ان حفر
للصيد فهو له او لغرس فهو للاخذ ولذا لو وضع على سطح بيت فانبثق بالمطر فعصره رجل فان كان

لم يجز ولو وزنا بجنس ... وزن بخلافه ... وكيلا كغيره ... وكذا
مستاويين حلافا للزفر هو يقول الشرط التساوي وقد بيّن واشتراط العلم به زيادة بلا دليل قلنا بل هو
شرط بدليل وهو ان الموهوم في هذا العقد جعل كالمعلوم شرعا وما لم تعلم المساواة تتوهم الزيادة حاصل
فيكون كثبوت حقيقة الزيادة ومقتضى هذا ان لا يجوز اذا وزن في المجلس فظهر مساويا ايضا لكن جاز في
الاستحسان عند اتحاد المجلس كان العقد انشئ الآن بان ساعاته كساعة واحدة واما عدم جواز بيع الحنطة
بالحنطة وزنا مع العلم بالتساوي كيلا فلعدم العلم بالمساواة وزنا بالاستلزام به بالنسبة الى الكيل والمعتبر
فيما كان مكيلا في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم التقدير بالكيل عملا بما سلف وعن هذا اذا اقتسما مكيلا موازنة
لا يجوز لان القسمة كالبيع واستدل المصنف على وجوب المساواة بقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب مثلا
بمثل الحديث وقد تقدم وجه استدلاله به بالعامل المقتدر اي بيعوا والاول حيث كان الذهب
مرفوعا في الحديث ان يجعل عامله متعلق المجرور اي الذهب يباع بالذهب مثلا بمثل نعم حديث الخدري
في البخاري عنه صلى الله عليه وسلم لا تبيعوا الذهب الا مثلا بمثل ظاهر في انه منصوب للحال وفيه الحديث
ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا الورق بالورق الا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا منها
غائبا بناجز والشف بالكسر من الاضداد يقال للنقصان والزيادة والمراد هنا الزيادة وابو هاشم على بعض ولا تبيعوا
في معنى النقص والاتيان ولا تشفوا بعضها عن بعض وقوله وزنا بوزن بعد ذلك ولا تشفوا في حديث البخاري
المذكور تفسير لمثل مثل فان المثلية اعم فسرها بانها من حيث المقدار وتقدم حديث جيدها ورديها سواء
ايضا وتخريجه وهو دليل سقوط اعتبار الجودة وسقوط زيادة الصياغة بما روى محمد عن ابي حنيفة عن الوليد
ابن سريع عن انس ابن مالك قال اتى عمر ابن الخطاب رضي الله عنه بانا حسروا في فقد كنت صياغته فبعتني به بما يجه
فاعطيت وزنه وزيادة فذكرت ذلك لعمر فقال اما الزيادة فلا هذا ويدخل في اطلاق المساواة المصوغ بالمصوغ
والتبر بالاتية حتى لو باع انا فضة او ذهب بانا فضة او ذهب واحدهما اثقل من الآخر لا يجوز خلافا لابن
من غيرها كالحاس او شبهه حيث يجوز بيع احدهما بالآخر وان تفاضلا وزنا مع ان النحاس وغيره مما يوزن من الاموال
الربوية ايضا وذلك لان صفة الوزن في النقدين منصوص عليها فلا تتغير بالصنعة ولا تخرج عن كونه موزونا
بخلاف جعله عدديا لوقوف ذلك بخلاف غيرهما فان الوزن فيه بالتعارف فيخرج عن كونه موزونا بتعارف
عدديته اذا صيغ وصنع ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق باجماع الفقهاء وفوائد القيد وري المراد
بالقبض هنا القبض بالبراجم لا بالتخلية بريد باليد وذكرنا انفا ان المختار ان هذا القبض شرط البقاء على الصحة
كشرط ابتداء الصحة لظاهر قوله فان افترقا بطل العقد وانما يبطل بعد وجوده وهو الاصح وثمرة الخلاف فيما
اذا ظهر الفساد فيما هو صرف يفسد فيما ليس صرفا عند ابي حنيفة ولا يفسد على القول الاصح وقوله لما روينا يعني
قوله ابيد وكذا ما رويناه من حديث البخاري قوله صلى الله عليه وسلم ولا تبيعوا منها غائبا بناجز وقول عمر وان
استنظرك الى آخره رواه مالك في الموطا عنه قال لا تبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل ولا تبيعوا الورق بالذهب
احدهما غائب والآخر ناجز وان استنظرك ان يلج بيته فلا تنظره الا بيد ابيد هات وهات اني اخشى عليكم الربا
وفي رواية قال الرماء هو الربا ورواه عبد الرزاق وقال ان يدخل بيته ولما ثبت نقض الشرع بالزام التفاضل علله
الفقهاء باذكره المصنف وحاصله ان للنقدية مزية على النسئة فيتحقق الفضل في احد العوضين وهو الربا ولما كان
مظنة ان يقال هذا غير لازم لجواز ان يجعلا معا نسئة قال لا بد شرعا من قبض احد العوضين كما يلزم التقابض في
اي الدين بالدين فلو لم يقبض الآخر لزم الربا كما قلنا وايضا يلزم الترجيح بلا مرجح لانهما مستويان في معنى الثمنية
فاما اوجب قبض احدهما فلذا الآخر لعدم الاولوية فان قيل تعليل الكتاب يخص الثمنين اللذين لا يتعينان والحكم
وهو لزوم التقابض ثابت وان كان احدهما متعينا بالتعيين كالمصوغ فاجاب بان ذلك لاطلاق ما روينا من قوله
صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب والفضة بالفضة وعلل الاطلاق المذكور بان المتعين ايضا كالمصوغ فيه

... الشبهة ... وجب بانقض الحاق ... شبهة الربوا
... الحول الحلية ... والنقض بالملاقة ... مبشبهة الربوا في هذا الحكم وقوله في جهة واحدة لانهما لو مشيا كل في جهة كان افتراقا مبطلا وقول ابن عمر وان وثب
من سطح فثب يفيد عدم بطلان العقد بمجرد اختلاف المكان بل اذا لم يوافقه الآخر فيه وهذا لان بمجرد وثوب
احدهما اختلف مكانهما ولم يعتبر مفارقا الا اذا لم يثب معه وحديث ابن عمر هذا غريب جدا من كتب الحديث وذكره
في المبسوط فقال وعن ابي جبلة قال سألت عبد الله بن عمر فقلت انا نقدم ارض الشام ومعنا الورق فنقال التاجر
وعندهم الورق الخفاف الكاسدة فنبتاع ورقهم العشرة بتسعة ونصف فقال لا تفعل ولكن بع ورقك بذهب واستنقد
ورقهم بالذهب ولا تفارقه حتى تستوفي وان وثب عن سطح فثب معه وفيه دليل رجوعه عن جواز التفاضل كما هو
مذهب ابن عباس وعن ابن عباس ايضا رجوعه وفيه دليل ان المتعين اذا اجاب لا باس ان يبين للمسايلين طريق تحصيل
مطلوبه كما فعل صلى الله عليه وسلم حيث قال بلال بع التمر بيع آخر ثم اشتره اما المحظور تعليم الحيل الكاذبة لاسقاط
الوجوبات قال وكذا المتعين في قبض رأس مال السلم يعني ان تعيضه قبل الافتراق دون اتخاذ المجلس كخلاف
خيار المخيرة فانها لو قامت قبل الاختيار بطل وكذا اذا قامت مع زوجها في جهة واحدة فان ذلك دليل اعراضها
عما كانا فيه كما ان المتعين في الابطال هناك دليل الاعراض والقيام ونحوه دليله فلزم فيه المجلس لتعلق الصحة
بعدم الافتراق لا يبطل لونا ما في المجلس قبل الافتراق او اغمي عليهما او طال قعودهما وعن محمد رحمه الله جعل الصرف
كخيار المخيرة يبطل بدليل الاعراض كالقيام من المجلس حتى لونا ما احدهما فهو فرقه ولونا ما جالسين فلا وعنه
القعود الطويل فرقه دون القصير ولو كانا لرجل على آخر الف درهم وللآخر عليه مائة دينار فارسل رسولا
يقول له بعتك الدراهم التي لي عليك بالدنانير التي لك علي فقال قبلت كان باطلا وكذا لو نادى احدهما صاحبه
من وراء جدار او من بعيد لانهما متفرقان وعن محمد لو قال للاب اشهد واني اشتريت هذا الدينار من ابني
الصغير بعشرة وقام قبل نقدها بطل هذا ويجوز الرهن بدل الصرف والحوالة به كما في رأس مال السلم
وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة واشترط القبض لما روى الستة من حديث عمر ان الخطاب
عن النبي صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الا هاء وها والبر بالبر ربا الا هاء وها والشعير بالشعير ربا الا هاء
وها والتمر بالتمر ربا الا هاء وها قيل ومعنى قوله ربا اي حرام باطلاق اسم الملزوم على اللازم وما مانع من حمله
في حقيقته شرعا وان اسم الربا تضمن الزيادة من الاموال الخاصة في احد العوضين في فرض ادبيع ووجه
الاستدلال انه استثنى حالة التقابض من الحرام فعلم انه داخل فيها فينتفي الحل في كل حالة يفرض فيها عموم المستثنى
حالة التفاضل والنساء والمجازفة فيحل كل ذلك وقوله الا اذا اسقط الخيار في مجلس استثنى لازم قوله
لا يصح شرط الخيار وهو جواب الشرط المستلزم للبطلان اي شرط الخيار يفوت الشرط اذا اسقطه ولا يفوت
فيعود الى الجواز وقد مر ما تعلق بخلاف زفر فيه هذا وبين الفساد بترك القبض والفساد بالاجل فرق على قول ابي
حنيفة في مسئلة وهي ما اذا باع جارية في عشرة طوق فضة زنته مائة بالف حتى انصرف الطوق مائة من الالف
فيصير صرفا فيه وبمثل مائة الجارية بيعا فانه لو فسد بترك القبض بطل في الطوق وبيع الجارية بتسع مائة
صحيح ولو فسد بهما عنده خلافا لهما وفرق ان في الاول انعقد صحيحا ثم طرأ المفسد فيختص محله وهو الصرف
وفي الثاني انعقد على الفساد فشاع وهن على الصحيح من ان القبض شرط البقاء على الصحة وفي الحاصل
لو اسقط الاجل من له الاجل دون الآخر صح في المشهور وليس في الدراهم والدنانير خيار رؤية لانا العقد
لا ينفسخ برد ها لانه انما وقع على مثلها بخلاف التبر والحلي والاواني من الذهب والفضة لانه ينفسخ العقد
برد ها لتعينه فيه ولو وجد احدهما او كلاهما دون الافتراق زيفا او ستوقا فحكمه في جميع ابوابه الاستبدال
والبطلان كرأس مال السلم ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه وكل شيء من الصرف فالحاصل
ان لا يجوز التصرف في احد بدلي الصرف قبل قبضه بهبة وصدقة وبيع فان فعل بعض ذلك مع الفاقد
بان وهب البدل او تصدق به عليه او ابراه منه فان قبل بطل الصرف لتعذر وجوب القبض واذا تعذر الشرط

تصحيح التصرف دليل الاول ان من باع عشرة دراهم ودينارا بعشرة ثم باعها اخرى كذلك
صفقة واحدة لا يجوز وان امكن صرف الدراهم الى الثوب وحده ليخلو العقد عن الفاضل وكذا اذا اشترى عبدا
بالف ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بالف وخمسمائة لا يجوز ويفسد في المشترى بالف وان امكن
تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا اذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك احدهما لا يجوز وان امكن تصحيحه بصرفه
الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب واقترقا من غير قبض فسد في الدرهمين ولا يصرف الى الثوب
لما ذكرنا فهذه احكام اجماعية دالة على ان تغيير التصرف لا يجوز وان كان يتوصل به الى تصحيحه قال الامام
الحرمين والمعتمد عندي في التعليل انا تعبدنا بالمماثلة تحقيقا وهنا لم تتحقق فيفسد العقد قال صاحب التجريد
والخصم ان يقول تعبدنا بتحقيق المماثلة فيما اذا تحصنت مقابلة الجنس بالجنس ام في الاطلاق فان قلت
الثاني ممنوع وان سلمت الاول فسلم وليس صورة الحلاف منه انتهى بعض تغيير وحاصله ان في تقدير مقابلة
الجملة بالجملة والجزء الشائع بالشائع لا يقتضي الربا والفساد وانما يقتضيه لو كان التفاصيل ثم زما حقيقيا وذلك
لا يكون الا اذا قوبل معين بمعين وتفاضلا وحينئذ لا حاجة في التصحيح الى التوزيع وصرف كل الى خلاف جنسه
عينا الذي الاصحاب اقتحموه بناء على اصل اجماعي وهو ان مهما امكن تصحيح تصرف المسلم العاقل يرتكب وله نظائر
كثيرة ولهذا حمل كلامه على المجاز وتترك حقيقته اذا كان لا يصح على تقديره ويدرج في كلامه زيادة لم يتلفظ
بها اذا كان لا يصح الا بذلك كما نبه نظر الى ان المقابلة على وجه الشيوع اذا لم تقتض حقيقة الربا استلزم شبهة
شبهة الربا وهو معتبر كحقيقته فقالوا العقد كذلك انما يقتضي مطلق المقابلة الكل بالكل وهو العقد بالعقد
من جنسه او من خلاف جنسه وهذا اللفظ مطلق غير متعرض لواحد منهما لكن مع عدم الاقتضاء يحمل مقابلة
الفرد بالفرد وهو الجنس المعين هنا بجنس معين بدليل انه يصح تفسيره به فانه لو قال بعت هذين الدرهمين
والدينار بدينارين ودرهم على ان الدرهمين بالدينارين والدينار بالدرهم صح وهو طريق متعين للتصحيح فوجب
حمله عليه وبهذا التقدير لا حاجة الى قول المصنف وفيه تغيير وصف العقد كما نبه نظر الى ان الظاهر من جعل
مقابلة الجملة بالجملة على الشيوع عينا فكان مقابلة المعين بالمعين محتملا فقال وفيه تغيير وصف العقد
وهو مقابلة الجملة بالجملة شائعا لا اصله لانه بقي موجبه وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل وصار
كما اتفقنا عليه فيما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحا للتصرف بخلاف
المسائل المذكورة فان عدم الصرف فيها لعدم الامكان والتعيين اما مسئلة المرابحة فعدم الصرف لانه
يتغير اصل العقد اذ يصير تولية في الكل واعترض بان ينتقض ما تقدم من وجوب حمل المشترك على الواحد
في مسئلة الطوق والجارية ان جعل قوله بعتها بعشرين مرابحة فيها بعشرة ان يجعل فيها على احدهما يعني
الثوب لحاصل قوله فذهب الالف من ثمنها على ثمن احدهما وهو الطوق وكون الطوق لم يصر مرابحة ايضا
اذ يصدق ان العقد مرابحة بثبوت الربح في بعض مبيعات الصفقة الواحدة وفي المسئلة الثانية
وهي ما اذا باع عبد اشتراه بالف ممن اشتراه منه مع عبد آخر بالف وخمسمائة طريق تصحيحه غير متعين
اذ يكون بصرف الخمس مائة الى العبد الآخر فيكون بايعا ما اشتراه منه مثل ما اشتراه لانه لا يكون
بذلك بكون بصرف الكثير خمسمائة بدرهم او درهمين او غير ذلك الى العبد الآخر فيصير بايعا للمشترى
ممن اشتراه منه بأقل مما اشتراه منه وينتقض بان طريق الصحة ايضا ليس متعينا فيما قلتم بل له وجه آخر وهو
ان يعتبر مقابلة درهم من الدرهمين بمقابلة الدرهم ودينار من الدينار بمقابلة الدينار والدينار الآخر
بمقابلة الدرهم اجيب بان التغيير ما امكن لتقليله متعين وتصحيح التصرف مع قلة التغيير لا يكون الا بأقل
فكان ما قلنا متعينا بخلاف ما فرض فان فيه ثلاث تغييرات وايضا فان الذي ادعيناه طريق متعين
هو صرف الجنس الى خلاف الجنس فكان لا محذور وكان الطريق وما ذكرتم من ذلك ومن ان يوزع نصف
درهم الى نصف درهم والنصف الآخر عن مقابلة الدينارين في فروض كثيرة لا يخرج عن صرف الجنس الى خلاف
الجنس والى هذا يرجع قول صاحب الكافي في اجواب التعدد انما يمنع الجواز اذا لم يكن لاحد الوجوه ترجيح

بل يتساويان بانه حينئذ يلزم التوزيع لا يرجع منتهى الوجوه في
العقد وهو على اسم الدرهم والدرهمين لا يغير عنه ونحن لم نعلل في هذا الاصل بعدم الجواز بثبوت
الشيء بعلل مستقلة اجتمعت دفعة واما في المسئلة الثانية وهي ما اذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك احدهما
فلان البيع اضيف الى المنكر وهو لا يصح للمبيع لجهالته وان المعين ضده فلا يحمل الشيء على ضده ولا يصح ان
المعرفة مما صدقات النكرة فان زيدا يصدق عليه رجل وان شك انه يحتمله فيجب حمله عليه وقد قال ابو حنيفة
في قوله عبدي او حماري حر انه يعتق العبد ويجعل استعارة المنكر للمعرفة ولذا قيل ان تصحيح العقد يجب
في محل العقد وهو لم يضف الى المعين واعلم ان ما اورده على دفع النقض المذكور ان لخصم له جواب فذاك
والا فلا يضر النقض في اثبات المطلوب اذ غايته انه خطأ في محل اخر اذا اعترف بخطايه في محل النقض
وذلك لا يوجب خطاه في محل النزاع واما في المسئلة الاخيرة وهي ما اذا باع ذرهما وثوبا بدرهم وثوب واقترقا قبل
قبض فليس بما نحن فيه فان العقد انعقد صحيحا وانما لمراد الفساد بالافتراق والصرف لدفع الفساد وهو قد انعقد
بلا فساد ولا مناقشة في الفساد الطاري فان قيل فليصرف الجنس الى خلاف جنسه ليبقى صحيحا لا يصرف لينعقد
صحيحا والمقتضي وامر فيها وهو الاحتمال للصحة قلنا الفساد هنا ان ليس طروه متحققا فلا مظنونا يجب اعتباره الف
من ادل الامر بل بتوهم ان الظاهر انما يتقابضان بعد ما عقدا قبل الافتراق فلا حاجة الى ذلك الاعتبار وانما للمسلة
المستشهد بها اولا وهي الرجوع في ثمن الثوب والعرس فانما يشهد على ان المقابلة الجملة بالجملة على الشيوع
ونحن نقول هو الاصل وانما قلنا اذا امكن تصحيح العقد بحمل باعتبار التوزيع وجب المصير اليه وهو ثابت في المسئلة
المذكورة ضمنا لا اصالة وانما في الايضاح قال الاصل في هذا الباب ان حقيقة البيع اذا استعملت على ابدال وجب قسمة
احد البدلين على الاخر وتظهر الفائدة في الرد بالعيب والرجوع بالثمن عند الاستحقاق ووجوب الشفعة
فيما يجب فيه الشفعة فان كان العقد مما لا ربا فيه فان كان مما يتفاوت فالقسمة على الاجزاء وان كان مما لا يت
فالقسمة على القيمة واما ما يحتمل فيه الربا فانما تجب القسمة على الوجه الذي يصح به العقد مثاله باع عشرة دراهم
بخمسة دراهم ودينار يصح العقد فان الخمسة بازاء الدينار والخمسة الاخرى بازاء الدينار وكذا لو تقابل جنسين بجنسين
كما في مسئلة الكتاب انتهى ونظر المسئلة التي تلي هذه وهي ومن باع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز
البيع وتكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم لان شرط البيع في الدراهم التماثل وهو بذلك وينبغي الدرهم بالدينار وهما
جنسان لا يعتبر التساوي بينهما ثم فرع المصنف فرعا بين ان بعض هذه البياعات وان كانت جايزة في الحكم فهي
مكروهة فقال ولو باع فضة بفضة او ذهبا بذهب يعني واحدها اقل من الاخر الا ان مع الاقل شيئا اخر
كفلوس او غيرها مما تبلغ قيمته قدر الزيادة في البدل الاخر او اقل تقديرا بحيث فيه فالبيع جايز من غير كراهة
وان لم يكن فهو جايز مع الكراهة كان يضع معه كفا من زبيب او فلسين وقيل لمحمد كيف تجده في قلبك قال
مثل الجبل ولم تر والكراهة عن ابي حنيفة بل صرح في الايضاح انه لا باس به عند ابي حنيفة قال وانما كرهوا ذلك
لانه اذا جاز على هذا الوجه ان الناس تفاضلوا واستهلوا فيما يجوز وهكذا ذكر في المحيط ايضا وقيل انما
كرهوا لانهما باشرا الحيلة لسقوط الربا كبيع العينة فانه مكروه لهذا اورد لو كان مكروها كان البيع في
مسئلة الدرهمين والدينار بدرهم ودينارين وهي المسئلة الخلافية مكروها ولم يذكره اجيب بانه انما لم يذكر الكراهة
هناك لانه وضع المسئلة فيما اذا كان الزايد دينارا بمقابلة الدرهم وقيمة الدينار تبلغ الدرهم ويزيد وحينئذ
لا كراهة ولا يخفى ان العقد واحد وكان قيمة الدينار تبلغ وتزيد على قيمة الدرهم فالدرهم لا تبلغ قيمته
قيمة الدينار وما ينقص يتقدر يتغابن فيه فالعقد مكروه بالنظر الى الطرف الاخر الذي يقتضيه النظر
ان يكون مكروها اذ لا فرق بينه وبين المسئلة المذكورة في جهة الكراهة وغاية الامر انه لم ينص هناك على
الكراهة فيه ثم ذكر اصلا لما يفيد وينبغي ان يكون قول ابي حنيفة ايضا على الكراهة كما هو ظاهر اطلاق المصنف
من غير ذكر خلاف واما اذا ظهر ما قيمة له كمن تراب الصايغ لانه لم يقابل الزيادة مال
اشترى تراب الفضة بفضة لا يجوز لانه ان لم يظهر في التراب شيء وهو ظاهر وان ظهر فهو بيع الفضة بالفضة

مجازفة وكذا لو اشترى ربويا بجنسه متفاضلا او نسيئة لا يجوز وان قبض لانه بيع بشرط فاسد
حاز لعدم لزوم العلم بالمماثلة لاختلاف الجنس فلو لم يجز لا يجوز ايضا لان الجواز يستدعي القرب بالجواز
اذ لا يلزم من عدم الشيء عدم ما لا يتم الا به ومن له على آخر عشرة دراهم ثبانية التي عليه العشرة دنانير بعشرة دراهم
وقبض الدينار فان كان اضاف الى العشرة الدين جاز الفاق ويجب بهذا العقد عشرة ثم لا يجب تعيينه بالقبض
لان تعيين احد البدلين في الصرف للاحتراز عن الدين بالدين وتعيين الآخر لدفع الربا بالنساء وقد اندفع
الدين بالدين في هذه الصورة بقبض احد العوضين وهو الدينار والقبض الذي يتحقق منه التعيين في البدل الحاضر
قد تحقق سابقا فعند الاضافة الى ذلك المقبوض يحصل به المقصود من المماثلة بين البدلين وهو كون كل منهما معوضا
فيقضي بحصول به التعيين كما لو باع مالا يصح اليه لان موجب العقد حينئذ عشرة مطلقة لا يلزم ان تكون هذه العشرة الدين
ولذا لو اقترض اذا باعه المديون بالعشرة دينارا بعشرة وهي مسلمة التثاب ثم تقاصا جاز وكان موجب ذلك
العقد عشرة مطلقة تصير متعينة بالقبض وبالاضافة بعد العقد الى العشرة الدين صارت كذلك غير انه
بقبض سابق كما ذكرنا ولا يحتاج به لحصول المقصود من التعيين بالقبض بالمساواة وعلى هذا التقدير لا حاجة الى اعتبار
فسخ العقد الاول بالاضافة الى العشرة الدين بعد العقد على الاطلاق بخلاف مالو باع بالف ثم بالف وخمسمائة
فان الفسخ لازم لان احدهما لم يصدق على الآخر بخلاف العشرة مطلقا مع هذه العشرة للصدق لان الاطلاق ليس مفيدا
في العقد بها والا لم يمكن قضاؤها اصلا اذ هو وجود للمطلق بقيد الاطلاق وعلى ذلك مبنى تعذره انها لما غيرا
موجب العقد فقد فسخاه الى العقد آخر اقتضاء ولما لم يقل زفر بالاقتضاء ولذا لم يقل في اعتق عبدك عني بالف انه يقع
عن الآمر اذا اعتقه المالك لم ينفسخ فلا يتحول حكمه وهذا اذا كان الدين سابقا على بيع الدينار فان كان لاحقا قبل
الافتراق والمسلة بحالها فان عقد على الدينار بعشرة ثم باع مشتري الدينار من بايعه ثوبا بالعشرة ثم قاصه
بثمن الدينار عنها ففي رواية لا يصح والاصح انه يصح لما ذكرنا من حصول المقصود وعلى ما ذكر المصنف من حصول الاقتضاء
والاضافة الى الدين بعد تحققه وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير اذا استقرض بايع الدينار
عشرة من المشتري او غصب منه فعند صار قصاصا ولا يحتاج الى التراضي لانه قد وجد منه القبض ويجوز بيع
درهمين صحيحين ودرهم غلة بدرهمين غلة ودرهم صحيح والغلة ما يرده بيت المال لا الزيافة بل لانها دراهم مقطعة
مكسرة يكون القطعة منها ربعا وثمنا واقل ودينا لما لا يأخذ التاجر الا بعد التعديل في الوزن والجودة في
الصحيحة ساقطة الاعتبار لان الجودة في الاموال الربوية عند المقابلة بالجنس ساقطة واذا كان الغالب
في هذه الدراهم والدنانير اما ان يكون الغالب عليها الذهب والفضة والغش اقل او الغالب الغش والفضة
والذهب اقل او مستويين فان كان الغالب الذهب في الدنانير والفضة في الذهب فهما كالذهب الخالص
والفضة الخالصة اعتبارا للغالب لانها على ما قيل فلما يطبع الا بقليل غش وقد يكون الغش خلسيا كما في
الردي منه الذي يقال له ناقص العيار في عرفنا والرداة مهدرة شرعا عند المقابلة بالجيد فكذا الغش المغلوب
الحاق له بها واذا كانا كالخالصين فلا يجوز بيعهما بالخالص من الذهب والفضة الا مساويين في الوزن وكذا بيع
بعضها ببعض وكذا لا يجوز استقراضها بها الا وزنا كاستقراض الذهب والفضة الخالصين وان كان الغالب فيهما
الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير الخالصة اعتبارا للغالب فان اشترى بها فضة خالصة وهو على الوجه
الذي ذكرناها في حلية السيف وهي انه ان كانت الفضة الخالصة مثل الفضة التي في الدراهم او اقل ولا يدري
انها في الفضة او في النحاس ايضا اذا كان لا تتخلص الفضة الا بضرر وان كانت الخالصة اكثر مما في الدراهم
جاز لان يكون ما في الدراهم من الفضة مثلها من الخالصة والزايد من الخالصة بمقابلة الغش وكذا يجوز بيعها بجنسها
متفاضلا صرفا لجنس الى خلاف الجنس اي بصرف كل من فضة الدراهم والغش الدراهم الاخرى لانهما في حكم شيئين
فضة وغش صفرا وعينا ولكنه مع هذا صرف حتى يشترط القبض قبل الافتراق ويجوز المصنف بالمجلس عنده
لوجود الفضة من الجانبين واذا شرط القبض في الفضة فشرط في الصفوة لانه لا يتميز عنه الا بضرر وذا يخفى ان هذا
انما يتأتى في كل دراهم غالبة الغش بل اذا كانت الفضة مغلوبة بحيث تخلص من النحاس اذا اريد ذلك فاما ان كانت

تخلص انتهى من حواشيه على الهداية وقوله ما اصله اللون بالضم ما يتغير به حال الصرف وانما
هو اللون وقد كان في اوايل فنون نسخ ما يرجع فضة مشتق قريب من ذلك قال المصنف رحمه الله ومشايخنا
يعني مشايخ ما وراء النهر من بخارى وسمرقند لم يروا جواز ذلك اي بيع بجنسها متفاضلا في العدالي والغطارفة
مع ان الغش فيها اكثر من الفضة لانها اعز الاموال في ديارنا فلو ابيح التفاضل فيها ينفتح باب الربوا الصريح فان
الناس حينئذ يعتادون التفاضل في الاموال النفيسة فيتعذر وجوب المماثلة في ذلك في العقود الخالصة فتمنع ذلك حسما
لمادة الفساد والغطارفة دراهم منسوبة الى غطريف ابن عطا الكندي امير خراسان ايام الرشيد وقيل هو قال
الرشيد ثم ان كانت هذه الدراهم الغالب غشها تروج بالوزن فالبيع بها والاستقراض بالوزن وان كانت انما تروج
بالعد فالبيع والاستقراض بها بالعد ليس غير وان كانت تروج بهما فبكل واحد منهما لان المعتبر هو المتعارف فيها
اذا لم ينص على ما عرف في الربوا وما دامت تروج فهي اثمان لا تتعين بالتعيين ولو هلكت قبل القبض لا يبطل العقد
واذا كانت غير رايجة فهي سلعة فتتعين بالتعيين ويبطل العقد بهلاكها قبل التسليم وهذا اذا كانا يعلمان
بحالها ويعلم كل منهما قدر ان الآخر يعلم فان كانا لا يعلمان او لا يعلم احدهما او يعلمان ولا يعلم كل ان الآخر
يعلم فان البيع يتعلق بالدراهم الرايجة في ذلك البلد لا بما سواها فيه من هذه الدراهم التي لا تروج وان كانت يقبل
البعض ويرد بها البعض فهي في حكم الزيوف والنهرجة فيتعلق البيع بجنسها لا بعينها كما هو في الرايجة لكن يشترط
ان يعلم البايع خاصة ذلك من امرهما لانه رضي بذلك وادرج نفسه في البعض الذي يقبلونها وان كان البايع لا يعلم تعلق
العقد على الاروج فان استوت في الرواج حسب التفصيل الذي اسلفناه في اول كتاب البيع وتعين الصنف الجياد
تساهلا ومن احكام هذه الدراهم التي تغلب غشها انها لو اشترى سلعة بها فكسدت اي قبل قبضها بطل البيع
عند ابي حنيفة فان كان المبيع قايما معتبر ذاته وان كان مستهلكا او هالكا رجع البايع عليه بقيمته ان كان
قيميا ومثله ان كان مثليا وان لم يكن معتبرا فلا حكم لهذا البيع اصلا وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي واحمد
لا يبطل ثم اختلفوا فقال ابو يوسف عليه قيمته يوم البيع قال في الذخيرة وعليه الفتوى لانه مضمون به اي بالبيع
وهو نظير قوله في المغصوب اذا هلك ان عليه قيمته يوم الغصب لانه يوم تحقق السبب وقال محمد عليه
عليه قيمته اعز ما تعامل الناس به وهو يوم الانقطاع لانه اوان الاستحقال الى القيمة وفي المحيط والسنة
والشافعي به يفتى رفقا بالناس لهما ان البيع قد صح بالاجماع الا انه تعذر التسليم اي تسليم الثمن بانعدام الثمنية
بالكساد والضرر ضرر التعذر وانه اي الكساد لا يوجب الفساد كما اذا اشترى بالرطب شيئا فانقطع في
اوانه بان لا يوجد في الاسواق لا يبطل اتفاقا وتجب القيمة او ينتظر زمان الرطب في السنة الثانية فكذا
هنا ولابي حنيفة ان الثمن يهلك بالكساد كما ان مالية الفلوس والدراهم الغالبة الغش بالاصطلاح كما في خلقة
وما بقي الاصطلاح بل انتفى فانتفت الثمنية فبقي بيعا بلا ثمن كما لو ان المتعاقدين وان ماليتها بالخلقة كما بالاصطلاح
مالية العين لما كانت بالجبا دهبت بذهاب الجباه لا يقال فلتصر مبيعة اذا انتفت ثمنيتها لانا نقول تصير
مبيعة في الذمة والمبيع في الذمة لا يجوز الا في السلم واعترض في بعض الحواشي بان انتفاء ثمنيتها يوجب انه يصير
بيع معاوضة فلا يستلزم كونه دينا وما يبطل بعدم القبض قبل الافتراق على ما قدمنا من ثبوت التعيين
في البدلين بمجرد العقد فلا يلزم الافتراق عن دينين الا ان المجيب نظر الى ان صورة المسلة اتباع بدراهم
لذا وكذا غالب غشها وهذا لا يوجب انه يصير بيع معاوضة اذا كسدت قبل القبض وليس في صورة المسلة
احضر الدراهم واشار اليها بعينها بل باع بها على نمط ما يباع بالاثمان وهذا لان الغرض ان البيع وقع حال
رواجها اثمانا وانما كسدت بعده قبل القبض فلم يتنبه هذا المعترض لصورة المسلة فلم يثبت لزوم كونه
بيعا بلا ثمن بل شرط في العيون ان يكون الكساد في سايرالبلاد فلو كسدت في بعض البلاد دون البعض
لا يبطل عند ابي حنيفة لانها لم تهلك ليصير البيع بلا ثمن ولكن تعينت فيكون البايع بالخيار ان شاء اخذ مثل النقد
الذي وقع عليه البيع وان شاء اخذ قيمته وتابعوه في الخلاصة وما ذكر في العيون على قول محمد وما على قولهما فلا ينبغي
ان ينتفي البيع بالكساد في تلك البلدة التي وقع فيها البيع بناء على اختلافهم في بيع الفلس بالفلسين عندهما يجوز اعتبارا

صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن والاجماع وشرطها في الكفيل كونه

رمان اخيك فمثل [illegible] له فاحمله هذا امر للناس كافة فقال للناس كافة فدل ان المضمون عنه برئ من الضمان وللعامة قوله صلى الله عليه وسلم نفس المومن معلقة بدينه حتى يقضى عنه وقوله في صنيعه قتادة الان بردت جلدته وملوته صلى الله عليه وسلم عن المضمون عنه لانه بالضمان صار له وفاداً فانما امتنع عن الصلوة على المديون لم يخلف وفاً وقوله ذلك الدرهمان لانه كان يحل لا يصلي عليه فلما ضمن عنه فكه عن ذلك والمعنى انه لم يتم الجواب بعد فان الدليل يتم بصلوته عليه ضمان على انه يبرئه من الضمان ثم بذلك [illegible] قال ابي العدوي الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال ويدخل في الكفالة بالمال الكفالة بالاعيان التي ذكرناها فالكفالة بالنفس جايزة والمضمون بها احضار المكفول ثم نقل عن الشافعي ان الكفالة بالنفس لا تجوز وهو قول له مخالف القول الاظهر عندهم وهو انها جايزة كقولنا واستدل له للقول الضعيف بانه التزام مالا يقدر على تسليمه اذ لا قدرة له على نفس المكفول به فكان كبيع الطير في الهوي وهذا لا حد له ينافيه ولا غاية له عليه خصوصا اذا كفل بغير امره وكذا بامره فان امره بكفالته لا تثبت له ولاية عليه وصار كالكفالة بدون الشاهدين واستدل للذهب بما اخرجه من قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم باعتبار عمومه وقوله بتوجيه اي نوعي عقد الكفالة واعترض بانه مخصص بالزعيم في المال من نفس الحديث حيث قال غارم والتحمل في النفس لا غرم عليه للمال واجيب بان الغرم لا يختص بالمال بل الغرم اداء ما يلزمه مما يضره والغرام اللازم ذكر في التحمل والتحمل بالنفس يلزمه الاحضار وقد ثبت بالقياس على كفالة المال وهو ما اشار اليه المصنف بقوله والحاجة اليه ماسة وقد امكن تحقيق معنى الكفالة وحاصله الحاقه بجامع عموم الحاجة اليها احيا للحقوق مع الايجاب والقبول والشرايط وملاحظ من اشتراط الشروط بانتفاء الغرر في تسليمه ممنوع لان الظاهر انه ينقاد اذا كان بامر وان كان بلا امر يمكنه احضار بالاستعانة باعوان الحاكم وابطل بعضهم قوله لا يقدر في نفس المكفول بانه مبني على عدم جواز الكفالة فلا يصح دليلا والمعنى ان ليس المراد بالقدرة المستفيضة القدرة الشرعية ليكون مبنيا على عدم جواز الكفالة فيلزم الدور بتدليل تامل وروى انه صلى الله عليه وسلم كفل رجلا في تهمة وكان بين على وعمر رضي الله عنهما خصومة فكفلت ام كلثوم بنفس على واعترض بالمناقضة في الحدود والقصاص فان الكفالة بالنفس فيها لا تصح وان كان تسليم النفس واجبا لتسليم الجواب والجواب منع عدم صحتها مطلقا بل المنصوص في الاصل صحة الكفالة بنفس من عليه حد القذف والسرقة والقصاص في النفس وما دون النفس ووجهه انها من حقوق العباد من وجه في بعضها ومن كل وجه في بعضها واما حد الزنا والشرب فعدم صحة الكفالة للزوم الشاق في فان احد كفال في دربة وصحة الكفالة للاستيثاق والاحتياط لا ستيفايه فقام المانع فيهما واما المجبر على اعطاء الكفيل فيها في الحدود فلا يجبر بالاجماع وفي القصاص كذلك عند ابي حنيفة خلافا لهما واما عدم صحة الكفالة بنفس المدين فلان الكفالة لا تفيد الا ان الكفيل عند مطالبة الطالب له بالاداء اما ان يجيب ويحضر او لا فعلى الاول لا حاجة الى الكفالة وعلى الثاني يلزم فسخه فلا تقبل شهادته لو احضر المكفول خلاف ما نحن فيه وبقعد اذا تكفلت الى ان شروع في ذكر الالفاظ التي تثبت بها الكفالة وهي صريح وكناية فالصريح كفلت وضمنت وزعيم وقبيل وحميل وعلي والي وذلك عندي هذا الرجل وعلي ان اوافيك به او على ان اقال به او ادعه الي وحميل بالمهملة بمعنى كفيل به فيما يحمل به حالة بفتح العين في الماضي وكسرها في المضارع وردي في الغايق الحميل ضامن واما القبيل فهو ايضا بمعنى الكفيل وقبال قبل به قبالة بفتحها في الماضي وضمها وكسرها في المضارع ثم هذه الالفاظ توجب لزوم توجيه الكفالة اذا اضيفت الى جملة البدن او ما يعبر به عن الجملة حقيقة في اللغة والعرف وملاقيا على وزان الطلاق على ما مر مثل كفلت او انا حميل او زعيم بنفسه او رقبته او روحه او جسده او راسه او بدنه او وجهه لان هذه يعبر بها حقيقة كالنفس والجسد والبدن وعرفا ولغة مجازا كهو راسي وتحرير رقبة وتقدم في الطلاق ولم يذكر محمد رحمه الله ما اذا كفل بعينه قال البلخي وجه الدلا يصح كما في الطلاق الا ان ينوي به البدن والذي يجب ان يصح في الكفالة والطلاق اذ العين مما يعبر به عن الكل بقال عين القوم وهو عين في الناس ولعله لم يكن معروفا في زمانهم اما في زماننا فلا شك في ذلك خلافا لما قال بيده او رجله وبقاسي في وسه ما تقدم في الطلاق وكذا اذا اضاف الى جزء شايع منه كخمس بضعه او ثلثه او بجزء منه لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزى فذكر بعضا شايعا كذكر كلها ووجه ضمنت بانه بتضريح بموجبه الكفالة لغة [illegible] المال في الكفالة وعلى صيغة التزام والى في معناه قال عليه السلام من ترك دينا او ضيعا فالي لان الضعف [illegible] يقتضي المجاورة وقوله وقد رويناه اقتصر في بعض النسخ وفي بعضها الحديث زيد فيه قوله عليه السلام الزعيم غارم رواه الصحيحين عن ابي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا فالينا واخرجه ابو داود والنسائي وابن ماجة عن المقدام بن معدي كرب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ترك كلا فالي ومن ترك مالا فلورثته وانا وارث من لا وارث له اعقل عنه وارثه والخال وارث من لا وارث له يعقل عنه ويرثه ورواه ابن حبان في صحيحه وفي لفظ لابي داود انا اولى بكل مومن من نفسه فمن ترك دينا او ضيعة فانا مولاه فخلاف ما لا يثبت به الكفالة لانه التزام المعرفة دون المطالبة وكذا لمعرفته وكذا انا ضامن لك على ان اوفيك عليه او على ان اداك عليه او على منزله ولو قال ضامن لمعرفته او على تعريفه ففيه اختلاف المشايخ والوجه ان يلزم لانه مصدر مضاف فيعم اثنين فقد التزم ان يعرفه العريم خلاف معرفته فانه لا يقتضي الا معرفة الكفيل للطالب وعن نصير قال سال ابن محمد بن الحسن ابا سليمان الجوزجاني عن رجل قال لاخر انا ضامن لمعرفة فلان قال ابو سليمان اما على قول ابي حنيفة وابي يلزمه شيء واما ابو يوسف قال هذا على معاملة الناس وعرفهم قال الفقيه ابو الليث في النوازل هذا القول عن ابي يوسف غير مشهور والظاهر ما عن ابي حنيفة ومحمد وفي خزانة الواقعات وبه يفتى اي بظاهر الرواية لان نفس المفتى ان في قول ابي يوسف فيمن قال انا ضامن لك بمعرفة فلان يلزمه وعلى هذا معاملة الناس وفي فتاوى النسفي لو قال الدين الذي لك على فلان انا ادفعه لك او اسلمه اليك او اقبضه لك يكون كفالة حتى لو مات المكفول له لا يلزم الكفيل شيء ولو قال ما لم يتكلم بما يدل على الالتزام وفي الخلاصة عن متفرقات خالد فيه بما اذا قاله بمجرد افلو سلعا يكون كفالة بخلاف ان يقول ان لم يود فانا اودي نظيره في النذر لو قال انا احج لا يلزمه شيء ولو قال ان دخلت الدار فانا احج يلزمه الحج فان شرط في الكفالة اي بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه او يوم لزمه احضاره فيه والا حبسه الحاكم امتناعه عن ايفاء حق مستحق عليه وهذا اذا لم يظهر عجزه عن احضاره فان ظهر لا حبسه اذ لا فايدة في حبسه اذا مات المكفول به فان الكفالة تبطل فان غاب وعلم مكانه لا يطالب الكفيل للحال ويمهل مدة يمكنه الاحضار فيها فان لم يحضر ظهرت مماطلة الكفيل فيحبس الى ان يظهر للقاضي تعذر الاحضار عليه بدلالة الحال او بشهود بذلك فيخرج من الحبس وينظر الى وقت القدرة كالاعسار بالدين واذا احضر لا يحول بينه وبين المكفول له فيلازمه ولا يمنعه من اشغاله ولو لم يكن يعلم مكانه سقطت مطالبة الكفيل فلو قال الطالب اعرف مكانه وقال الكفيل لا اعرف فان كانت له حرجة معروفة يخرج اليها في موضع معلوم للتجار فالقول للطالب ويومر الكفيل باحضاره لان الظاهر شاهد له وان لم يكن ذلك فالقول للكفيل لانه تمسك بالاصل وهو الجهل ومنكر لزوم المطالبة وقيل لا يلتفت الى قول الكفيل ويحبس حتى يظهر عجزه لان المطالبة كانت متوجهة عليه بالضمان فلا يصدق في دعوى ما يسقطها فان اقام الطالب بينة انه في موضع كذا يومر الكفيل بالذهاب اليه وفي بعض النسخ قوله وكذا اذا ارتد ولحق بدار الحرب يعني يمهله الحاكم مدة ذهابه الى دار الحرب ان كان بينهما وبينهم مواعدة فان لم يكن لا يواخذ الكفيل للعجز عنده والحاق وان كان مرتدا فهو حكمي في ماله ليعطى لاقرب الناس اليه اما لحقوق العباد فثابتة على حالها ولم يفصل في المذهب بين المسافة البعيدة والقريبة وللشافعية فيما اذا مات مسافر القصر وجهان اظهرهما لا يسقط الطالب كما في ارتداده ولحاقه والثاني يسقط الحاقا بالغيبة المنقطعة واذا احضره وسلمه اليه في مكان يقدر المكفول له على ان يخاصمه فيه مثل ان يكون في مصر من الامصار برئ الكفيل من الكفالة سواء قبله الطالب او لا كالمديون اذا جاء بالدين فوضعه بين يدي الطالب وهذا لانه ما التزم التسليم بالكفالة الا مستحقا وقد حصلت تمام الشروط عندهما ان يكون ذلك المصر هو المصر الذي كفل فيه وعند ابي حنيفة لا بد من شرط آخر وهي المسالة الاخيرة من مسايل التسليم ووضعها هنا انسب وجه قوله انه ثبت بذلك قدرة المخاصمة في الجملة وهذا يقوي ان المقصود من التكفيل بنفسه تحصيله في وقت يقدر فيه على مخاصمته وهذا لا يكون ظاهرا الا في مصر لان شهوده ظاهرا فيه لا في غيره من الامصار فلا يتيسر للكفيل فايدة المخصوصة به وقولها اوجه

وفي الفتاوى القاضي [illegible] من المدعى عليه بتسليمه فقال الكفيل اذا اصلح لك فانا كفيل [illegible] وليس له برد وان سلم
الى المدعي وهذا اذا لم يقل الكفيل للمدعي خذه اذا شئت حتى لو قال كذلك لا يصح على الاصح ان عين
مجلس القاضي او المسجد الجامع فالمذهب انه اذا سلمه في السوق برئ لان المقصود من الكفالة يحصل بذلك وهو
قدرة المخاصمة وعن اختلف الزمان رأى المشايخ انه ليس بذلك لان البراة كانت باعسار رب الدين فيقدر على ايصال
حق القاضي بمعاونة الناس وعمار الطريق الآن لا يقدرون او لا يفعلون ان قدروا وان كان التقييد مفيدا وقد
روى ذلك عن ابي يوسف ايضا وقال لان الناس لا يعينونه للاحضار قلت وبجب ان يبقى هذا ولو شرط تسليم عند الامير
فسلمه عند القاضي او عند ذلك الوالي وولي غيره فدفعه عند الثاني جاز ذكره في الخلاصة ولو سلمه في برية او سواد
ليس بالفناء ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب ليس الا انه لا يقدر على المحاكمة فيه وفي المنتقى رجل كفل
بنفس محبوس بحق فبعث القاضي ان يخرجه حتى يدفعه الكفيل الى المكفول له ثم يعيده الى السجن ومفهوم قوله وقد
حبسه غير الطالب مسئلة وفي العيون لو ضمن بنفس رجل وحبس المطلوب في السجن فاتى به الذي ضمنه الى مجلس القاضي
فدفعه اليه قال محمد لا يبرأ الا عند السجن ولو خلى عن الحبس ثم حبس ثانيا فدفعه اليه
وهو في الحبس ان كان الحبس الثاني من امور التجارة ونحوها صح الدفع وان كان في امر من امور السلطان لا يبرأ ولو
حبس الطالب المطلوب ثم اخذ الطالب الكفيل فقال ادفعه الي فدفعه وهو في الحبس قال محمد يرئ بتسليمه
اليه وهو في حبسه وهو مفهوم القيد بنزول الضعف وقد حبسه غير الطالب ولو قال المطلوب في السجن ادفعني
نفسي اليك عن كفالته كان جائزا ايضا ويبرأ الكفيل وفي الواقعات رجل كفل بنفس رجل وهو محبوس فلم يقدر ان يأتي به
الكفيل لا يحبس الكفيل لانه عاجز عن احضار واذا مات المكفول به يبرئ الكفيل بالنفس من الكفالة لانه عاجز عن
احضاره ولانه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل ولذا اذا مات الكفيل يعني يبرأ لانه لم يبق
قادرا على تسليم المكفول بنفسه وما له يصلح لما فيه هذا الواجب الذي هو احضار النفس بخلاف الكفيل بالمال اذا مات
فانه يطالب بادائه اما كفيل عن مال يصلح للوفاء بذلك فيطالب الوصي ان لم يكن فالوارث لقيامه مقام الميت ويرجع
ورثة الكفيل على الاصيل يعني المكفول عنه ان كانت الكفالة بامره كما في الحياة ولو كان الدين موجلا ومات الكفيل
قبل الاجل يؤخذ من تركته حالا ويترجع ورثته على المكفول عنه الا بعد حلول الاجل لان الاجل باق في حق المكفول
عنه لبقاء حاجته اليه وعزز فرة بحلول بموت الكفيل على الكفيل ايضا لما لو مات المكفول له فان الكفالة
بالنفس حالا تسقط بالمال لان الكفيل موجود على قدر ذمته والوصي او الوارث يقوم مقام الميت في المطالبة فيطالبه
بذلك ومن كفل بنفس اخر ولم يقل اذا دفعته اليك فانا برئ فدفعه اليه فهو برئ لانه اذا دفع المطلوب
هو موجب الكفالة يعني الكفالة فلا تحتاج في ثبوته الى التنصيص عليه كالملك موجب البيع فيثبت عنده من غير ان يشترط
والتحقيق ان موجب الكفالة وجوب الدفع عند المطالبة وجوازه عند عدمها والبراءة موجب الدفع فكانت حكم متعلق
موجب الكفالة فاذا وجد وجدت وقد وجدا فقد قرض الدفع فتثبت من غير حاجة الى اشتراطه او قوله كما في قضاء
الدين يعني اذا سلم المديون الدين للدائن وامتنع من القبض يبرئ وان لم يقبضه وكالغاصب اذا رد المغصوب على المالك
يبرأ مع انه جان فهنا اولى والبائع اذا سلم المبيع الى المشتري قال النقيه ابو الليث انما ذكر هذا الدفع توهم انه يلزم الكفيل
تسليمه من بعد حتى قال ان يستوفيه حقه ان الكفالة ما اريد بها الا التوثق لا استيفاء الحق فلم يستوفه يجب عليه تسليمه
الى ان يستوفيه قال وهذا الوهم يبيان ان عقد الكفالة يوجب التسليم مرة لا تفيد التكرار ولو سلم المكفول
به نفسه من كفالته اي من كفالة الكفيل وذلك بان يقول سلمت نفسي او وفيت نفسي اليك من كفالة فلان صح عن كفالته
فيبرأ الكفيل بذلك قال شمس الائمة لا فرق فيه خلافا قال المصنف لفظ المكفول مطلوب بالخصومة وفي بعض النسخ مطلوب
بالحضور يعني اذا طالب الطالب الكفيل فكان بتسليمه نفسه على هذا الوجه مسقطا ذلك عن نفسه اذا طالبه
بمجلس الدين عليه فلا يكون متبرعا كما لو حمل اذا قضى الدين بنفسه يصح قبل الطالب اولم يقبله ولذا اذا سلمه رسول
الوكيل او وكيله لقيامهما مقامه يعني اذا قال سلمت اليك نفسه عن الكفيل بخلاف ما اذا لم يقل ذلك بل سلم نفسه ولم يزد عليه
ذلك او سلمه الوكيل ولم يقل ما ذكرنا لا يبرأ الكفيل وسلمه اجنبي لا بامر الكفيل عن الكفيل لا يبرأ الكفيل بذلك الا ان يقبله

الطالب فيبرئ الكفيل [illegible] ما لم يقل شيئا [illegible]
به الى وقت كذا [illegible] على خصم [illegible] من المدعى عليه [illegible] الكفالة [illegible]
عدم الوفاء وهذا تعليق صحيح فاذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لان وجوب المال عليه بالكفالة
المعلقة لا تنافي الكفالة بنفسه اذ كل منهما للتوثق ولعله يطالبه بحق آخر فهذا مطلبان اما الاول فمختلف فيه
الشافعي قال لا ينضم هذه الكفالة لانه اي لان تعليق الكفالة تعليق سبب وجوب المال بالخطر فاشبه البيع فكما
لا يجوز تعليق البيع كان يقول اذا دخلت الدار فقد بعتك هذا بمائة فقبل الآخر لا تثبت البيع عند الدخول لذلك
هذا ولان انشاء عقد الكفالة يشبه البيع في الانتهاض حيث ان الكفيل بالامر يرجع على المكفول عنه بما ادى فصار
كالمعاوضة ويشبه النذر ابتداء من حيث انه تبرع في الابتداء بالتزام المال فبالنظر الى الشبه الاول فقط لا يصح
تعليقه وبالنظر الى الثاني فقط يجوز مطلقا فان النذر يصح تعليقه مطلقا فعلنا بالشبهين فقلنا ان كان التعليق
بشرط متعارف بين الناس او تعارفوا تعليقه به صح عملا بشبه النذر وان كان بغير متعارف كدخول الدار وهبوب
الريح ونحو لا يجوز عملا بشبه البيع والتعليق بعدم الوفاء متعارف تحرر كر خصوص المسئلة في صور المسئلة
وهو الالف انفاقي في القوهستاني فان الكفالة لا تتوقف صحتها على معلومية القدر المكفول به بل لانها جهالة
المكفول به حتى لو قال كفلت لك عما لك عليه صح وبهما تبت بالبينة انه عليه له لزمه واما الثاني فقد نقل عن
الشافعي عدم صحة الكفالتين وهو في خلاف الصحيح عندنا بل الكفالة بالنفس جائزة فانا لا نصح الكفالة الثانية
للتعليق واما ثبوت صحتهما فللمقتضي وهو الكفالة بالنفس او لانتم الكفالة بالمال ثانيا معلقة وقد وجد الشرط
فصحت كفالتان متعددتا الموجب لان موجب تلك تسليم النفس وموجب الاخرى تسليم المال وليس اسقاط
احدهما مسقطا للاخر لجواز ان يكون له مال آخر يدعي به غير المال الذي كفل به معلقا وليس في النطق ما يوجب ان
التزام الكفالتين على البدل الا لو مات العبارة كفلت بنفسه على اني ان لم اوافك به الى كذا كنت كفيلا بما عليه
بذل نفسه ولم يذكر كذلك بل النطق بالنفس منجزا بقوله كفلت بنفسه وعلى تعليق كفالة اخرى
بالمال بعدم الموافاة به وقد وجد الشرط فتثبت الكفالتان ولا يخفى حينئذ انه لو كانت المعلقة بماله عليه
بان كفل بنفسه على انه ان لم يوافك به الى كذا فهو كفيل بكل ما لك عليه ينبغي انه اذا ثبت له عليه مال فدفعه ثم افترق
بانه لم يسق له قبله حق ان تبطل الكفالة بالنفس حتى لو توارى المكفول له عند مجيء الوقت فلم يجده
الكفيل ليدفعه اليه وخاف لزوم المال عليه يرفع امره الى القاضي لينصب وكيلا فيسلمه اليه وعلى هذا
لو باع على ان المشتري بالخيار ثلثة ايام فتوارى حتى مضت ايامه تمضي البيع ويرفع المشتري الى القاضي لينصب وكيلا
عن البائع ويرد عليه قال النقيه ابو الليث هذا خلاف قول اصحابنا وانا رددت في بعض الروايات عن ابي يوسف
ولو فعله القاضي فهو حسن في موضع تعينت الحجة ذكره في الخلاصة وفي كفل بنفس رجل الى ان لم يوافك به
غدا فالمال الذي للطالب على فلان رجل آخر هو كذا على الكفيل جاز على قول ابي حنيفة وابي يوسف الاول وعندهما
مسائل احدها ان يكون الطالب واحد في الكفالتين وانه جائز استحسانا والثانية ان يكون الطالب مختلفا
فيها فتبطل الكفالة بالمال سواء كان المطلوب واحدا او اثنين وان كان الطالب واحدا والمطلوب اثنين فهو
المختلف فيه ولو كفل بنفسه الى غد فان لم يوافه به غدا في المجلس تلزمه المال الذي عليه واشترط الكفيل
على الطالب ان لم يوافه غدا به يبرئ منه فانا برئ منه فالتقيا بعد الغد فقال الكفيل قد وافيت وقال
الطالب قد وافيت ولم توافني انت لم يصدق واحد منهما فلو اقام المطلوب البينة على الموافاة برئ من الكفالتين
ولو كفل على انه ان لم يوافك به فعليه المال فادعى الكفيل انه وافى به وجاء به يصدق ولو كفل بنفسه وقال فان غاب
ولم اوافك به فانا ضامن لما عليه فهذا على ان يوافيه بعد الغيبة ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يوافك
به غدا فعليه المال فان مات المكفول عنه يعني قبل الغد ضمن المال للمكفول له ويرجع على ورثة المكفول بما ادى
الكفالة باذنه فان قيل ينبغي ان لا يجب المال اذا مات المكفول به لان شرط صحة هذه الكفالة بالمال تعذر الكفالة
بالنفس وهي زائلة بموت المكفول له على ما عرف وصار كما لو ابرأ المكفول له الكفيل عن الكفالة بالنفس قبل الوقت

[illegible] عن التسليم المقيد فيقيده [illegible] بطريق التقدير والناصر بان يجعل كانه كفل بالمال للحال ثم علق ابراءه بعدم الموافاة فخرج عن الظاهر احتياطا لايجاب المال بتحقق الشرط وهو عدم الموافاة ولم يذكر في اكثر نسخ الجامع الصغير لفظ الغد ولهذا لم يذكره فخر الاسلام والصدر الشهيد وقاضيخان فيثبت الفرق بين مسئلة الجامع والغدوري بان هناك مطلقة وذلك مقيد بالوقت فلذا ذكرها المصنف والوجه اذ هذه تفيد فائدة اخرى وهي ان عدم الموافاة اذا كان لعجز المكفول له اثر له وثبت عنده الضمان وانما كان يتوهم ان العجز الموجب لعدم الموافاة يكون عن تقصير من الكفيل فلا يؤمن المكفول عنه لانه غلب عن ذلك بامر سماوي لا حيلة له في دفعه ولا تقصير منه فيه والا فكون تلك مقيدة وهذه مطلقة لا تفيد عدم صرفة حكم هذه اذا عرف ان المدار وجود الشرط وكما فرق بين المقيد والمطلق فيه هذا اذا اما المكفول به فلو مات الكفيل قبل مجيء الوقت هل يجب المال دينا في تركته اذا مضى الوقت قال ظهير الدين في الاصل اشار الى انه يجب فانه قال ان واني ورثة الكفيل بالمكفول به الطالب قبل انقضاء المدة لا يلزم الكفيل المال وان ابى المكفول بجبر عليه لان لهم خيار ذلك وهو ان لا يلزمهم المال عند انقضاء المدة ومن ادعى عليه اخر اله اخره صورتها ما ذكره الجامع محمد عن ابي يوسف عن ابي حنيفة في رجل لو مر رجلا وادعى عليه مائة دينار فبينا اولم يبينا اولزمه ولم يدع مائة دينار فقال له رجل دعه فانا كفيل بنفسه اليه غدا فان لم اوافك به غدا فعلي مائة دينار فرضي بذلك فلم يوافه به غدا فانه لا يلزم الكفيل شيء في قول ابي حنيفة رحمه الله وهذا قول ابي يوسف وقال محمد ان ادعى ولم يبينا حتى كفل له بالمائة دينارا والادعاها بعد ذلك لم تلتفت اليه دعواه واراد بالوجهين ما اذا بينا اي ذكرا نسبها جيدة او رديئة او وسطا او نحو ذلك او لم يذكرا كذا قيل والاقرب ان يراد بالوجهين ما اذا ادعى المائة بينا او لا وما اذا لم يدع شيئا حتى كفل له ثم ادعى المقدار الذي سماه الكفيل لمحمد وجها احدهما انه علق التزام مال مطلق بخطر هو عدم الموافاة اذ لم تجب المائة له بما عليه وهو رشوة على ان يترك المطلوب فيكون الحال فلا يصح التزام هذا المال وكلامه يحتمل ذلك كما يحتمل ما يدعيه فلا تثبت ذلك بالشك وعلى هذا الوجه عول ابو منصور الماتريدي وهذا الوجه لا يمنع صحة الكفالة بالنفس الثاني ان الكفالة بالنفس باطلة لان صحتها موقوفة على صحة الدعوى وانما تصح مع جهالة المدعى به من غير بيان فلم يجب احضار النفس فلم تصح الكفالة بالنفس ولا تصح بالمال لانه بناء عليه واذا لم تصح الاولى لم تصح الثانية وعلى هذا الوجه عول الكرخي وهو مقابل للاول لتبين قال المصنف ولما ان المال ذكر معرفا فينصرف الى ما عليه والعادة جرت بالاجال في الدعاوى قبل الحضور الى مجلس القاضي احترازا عن طول الخصومة ثم منع البيان فيه فتصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان باصل الدعوى فيتبين صحة الكفالة الاولى فيترتب عليها صحة الثانية وهذا قد اسمعناك عبارة الجامع الصغير والمال منكر فيه قال فعلي مائة دينار ولذا ذكر غير واحد ولذا في المبسوط فالوجه ان يترك المقدمة الاولى ويقال انه اذا ظهرت الدعوى بالبين ظهر انه اراد الالف التي يدعيها حكما سابقا بان الكفيل كان يدري خصوص دعواه تصحيحا لكلام العاقل فتصح الكفالة حين تقع على اعتبار بيان الدعوى بذلك القدر وحاصل هذا انا نحكم حال صدور ما بالفساد بل الامر موقوف على ظهور الدعوى بذلك القدر فاذا ظهرت ظهر انه انما كفل بالالف المدعى بها وفي الخلاصة قال انا كفيل بنفس فلان على انه ان لم يوافك به غدا فعلي الف درهم ولم يقل الذي عليه نفسي غدا ولم يوافه به وفلان يقول انا اريد على الطالب يدعي الغاء الكفيل ينكر وجوبه على الاصيل فعلى الكفيل الف درهم عند ابي حنيفة وابي يوسف الاول في قوله الاخر وهو قول محمد لا شيء عليه وهذا يقتضي ان الحاصل ان ابا حنيفة وصف ويستفاد منها ان الالف يجب على الكفيل بجرد دعوى المكفول له وان كان الكفيل ينكر وجوبه على الاصيل وسنذكر ما يظهر فيها

ويجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند ابي حنيفة رضي الله عنه قال المصنف سماه لا يجب على اعطاء الكفيل عند وفاء لا يجب في حد القذف لان فيه حق العبد ولهذا شرط الدعوى في القصاص فاقرض حق العبد ليس كذلك بل الغالب فيه ذلك وفيه حق الله تعالى ايضا وهو الزجر عن الفساد وهو حق الجبر ليس ان يحبس حتى يوطئ بل يلازمه ولا يدعه يدخل بيته الا وهو معه

[illegible] لتحقق [illegible] ولا يجوز الكفالة [illegible] والقصاص لان الحدود مبناها على الدرء والاسقاط والكفالة بالنفس تفضي الى الاستيفاء فلا تشرع فيها وفي الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص اذا كان المدعي عليه معروفا بالشر والفساد لا يحبسه القاضي ولا يأخذ منه كفيلا بنفسه لان الحبس لاجل الحد لا يكون قبل ثبوت الموجب وكذا الكفالة بالنفس لاجله لا تصح لان الكفالة بالنفس تفضي الى الحبس قبل ثبوت الموجب وهو الحد وهذا لان الحبس لاجل الحد يكون عقوبة والعقوبة لا تستحق على المحدود بمجلس الحكم بسبب الدعوى لانه لا يسمع دعوى احد في الزنا والشرب فلم تقع الكفالة بالنفس حق واجب على الاصيل وبعد اقامة البينة قبل التعديل ارشحا وتوا حد عدل يحبس وبه يحصل الاستيثاق فلا معنى للكفالة فلان ما فيه حق العبد فان حضوره مجلس الحكم مستحق عليه بمجرد دعوى القذف والقتل حتى يجبره القاضي على الحضور ويحول بينه وبين اشغاله فتصح الكفالة باحضاره واورد عليه ينبغي ان لا يحبس بذلك لان معنى الاستيثاق فيه اكثر اجيب بان الحبس في هذا ليس للاحتياط لاثبات الحد بل لمنعه الدعارة والفساد تعزيرا واذا لم يكفل به ماذا يصنع قال يلازمه الى وقت قيام القاضي عن المجلس فان احضر البينة فيها والا خلى سبيله وروي عن ابي يوسف في الذي يجمع الخمر ويشربه ويبيعه انه لا بأس بان يحبسه اياما ويوبخه ثم يخرجه ومن يتهم بالقتل والسرقة وضرب الناس فاني احبسه واجلده في السجن لان يتوب لان شره هذا على الناس وشر الاول على نفسه ولابي حنيفة قوله صلى الله عليه وسلم لا كفالة في حد وما اليه ذهب وقال تفرد به عمر بن ابي عمرو الملائي واعله به قال مجهول لا اعلم روى عنه غير بقية كما يروي عن سائر المجهولين ولان معنى الكفل يعني من الحدود الخالصة حقا لله تعالى والتي فيها حق العبد كالقصاص في الدرء فلا يجب في الاستيثاق خلاف سائر الحقوق لانه لا يندرئ بالشبهات فيليق به الاستيثاق لان التعزير يجب بجبر المطلوب على اعطاء الكفيل فيه بنفسه هذا ولو سمحت نفسه اي نفس المطلوب باعطاء الكفيل لا اجبر يعني في حد القذف والقصاص جاز لانه امكن ترتيب موجبه عليه وهو تسليم النفس لان تسليم النفس فيها واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم ومقتضى هذا التعليل صحة الكفالة اذا سمح بها في الحد والخالصة حقا لله تعالى بان تسلم النفس واجب فيها لكن نص في جوامع الجنايات والنهاية على ان ذلك في الحد والتي فيها حق العباد حق القذف لا غير لما ذكرناه من وجوب الدرء ولانه معارض بوجوب الدرء ولا يحبس في الحدود حتى يشهد شاهدان مستوران او شاهد عدل يعرفه القاضي يعرف القاضي انه عدل لنفي المجهول لان الحبس هنا للتهمة لا لاستيفاء الحد والتهمة تثبت باحد طرفي الشهادة اما العدل او العدالة فاذا وقعت التهمة حبس بالنص وهو ما روي ان رجلا اتهم عند رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس ولا بالتهمة وقد مناخرجه والكلام فيه في الحدود والاموال ان الحبس اقصى عقوبة فيه اي في المال فانه لو ثبت المال بالبينة العادلة وامتنع من الاداء حبس فكان اقصى عقوبة فيها اما الحدود والقصاص فاقصى العقوبة فيها القتل والحبس نوع عقوبة فجاز ان يعاقب بالحبس قبل ثبوت الحد والقصاص وفي الصحاح والمغرب التهمة بالتحريك واصل التاء فيه واو من وهمت الشيء اوهمه وهما من باب ضرب اي وقع في خلدي والوهم ما يقع في القلب من الخاطر وانتهمت فلانا بكذا اذا الاسم التهمة بالتحريك اصله اوتهمت كما في اتكلت اصله اوتكلت بمعنى اعتمدت قلبت الواو ياء لانكسار ما قبلها ثم ابدلت منها وادغمت في تاء الافتعال قال المصنف وذكر في ادب القاضي ان على قولهما لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة اذ هما يقولان جواز الكفالة فيحصل بها المقصود فكان عنهما روايتان في رواية يحبس ولا يكفل وفي اخرى يكفل ولا يحبس لحصول المقصود باحدهما وجمع بينهما بان المراد بالاول يحبس ان لم يقدر على كفيل وبالثانية يكفل ولا يحبس قدر على الكفيل والاخفى ان المراد بالحدود حد القذف والقصاص والرهن والكفالة جائزان في الخراج كان الكفالة بهم في المطالبة بالدين والخراج دين مطالبة من جهتها العباد حتى يحبس به ويلازم فيمنع من وجوب الزكاة بمحل الكفالة به والرهن لاستيفاء الدين منه والخراج بمعنى استيفاوه من الرهن فامكن ترتيب موجب العقد اي كل من عقد الكفالة وهو مطالبة الكفيل وعقد الرهن وهو الاستيفاء للخراج من الرهن فصح كل من عقد الكفالة والرهن به وظهر بما قررناه ان قوله مطالب به محل الاستيفاء لان تشترط المطالبة ترجع الى الكفالة والاستيفاء يرجع الى الرهن وانما نص على خصوص هذا الدين لدفع توهم انه لا تجوز الكفالة به لان الخراج يسقط بموت الصلاة ووجوبه حق الشرع لا زكاة لكن لما كان ملزوما للوازم الدين كما ذكرناه صح العقد انا المذكور وان كان لا في دين الزكاة فانه وان كان له مطالب من العباد وهو الامام في الاموال الظاهرة والمالك في الباطنة لا تصح الكفالة به فانه ليس حقيقة الدين

ان حاصله اكاب ذلك [illegible] من المال شكر الورثة بحصته العيني وان لا يرجع من تركته حيرا للورثة عنه ما لم يخلص
كونه له مطالب من الغرماء شبهة عدم ذلك قال المالك للغير تحقق مطالبا من جهة العباد حقيقة بل حقيقة ذلك ان
يكون غير المالك مطالبا للمالك فالمالك مطالب بفتح اللام وليس غيره مطالبة الامام ليس لايصال المستحقين الى املاكهم
بل الى ما استحقوه لا بطريق المالك بخلاف سائر الديون فانها مملوكات ومن احد من رجل كفيلا بنفسه
ثم ذهب فاحضره فكفيلا اخر بنفسه جاز وهما كفيلان بالنفس لان موجبه التزام المطالبة وجاز تعدد الملتزمين
بها لزيادة التوثق ثم اذا سلم احدهما نفس المكفول به لا يبرأ الاخر بالاجماع بخلاف الكفالة بالمال ان كفلوا معلوما طولب
كل بما يخصه او على التعاقب جازت مطالبة كل واحد بالكل مثلا كفل ثلثه معا بالف لا يطالب احدهم الا بثلثها ولو كفلوا بها
على التعاقب طولب كل واحد بالف وابيهم قضى يسقط عن الباقين واما الكفالة بالمال هو عد بل قوله اول الباب
الكفالة صربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال من حيث العني فان المعادلة الصريحة لو قال اما الكفالة بالنفس وهو انما
قال فالكفالة بالنفس الخ اخره والكفالة بالمال عندنا جايزة وان كان المال المكفول به مجهول المقدار وبه قال مالك
واحمد وان منع في الوديعة وقال في الجديد هو وابن ابي ليلى والليث وابن المنذر ولا يجوز بالمجهول لانه التزام مال
مجهول فلا يجوز ولا بد من تعيينه لوقوع المكاسات في معادلة المال بالمال والكفالة عقد تبرع كالمذر لا يعقد
به سوى ثواب الله او رفع الضيق عن الجريب فلا يبالي بما التزم في بذلك ويدل عليه ذلك اقدامه بلا تعيينه للمقدار
حتى قال ما كان عليه فعلي فكان مبناها التوسع فتحملت فيها الجهالة ومن اثار التوسع فيها جواز الكفالة ببشرط الخيار
عشرة ايام بخلاف البيع ومن توقيت من انه لو قال انا ضامن لك بعض ما لك على فلان فانه لا يصح ممنوع بل يصح عندنا
والخيار للضامن ويلزم ان يبين اي مقدار شاء وعليه ضمان الدرك اجماع وضمان الدرك ان يقول للمشتري اذا ضامن
للثمن ان استحق المبيع احد مع جواز ان يظهر استحقاق بعضه او كله وقد نقل نصرانك فني على جواز ضمان الدرك
واما الاستدلال بقوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم على ان شرع من قبلنا شرع لنا اذا قصه تعالى ولم
يعقبه بانكار فيمكن ان يدعى ان حمل البعير كان مقدرا معينا كما يتعارف في زماننا ان الحمل الصاد وخمسماية
رطل فلا يتم الاستدلال به وصار كما لو كفل بنجمة اي خطافان المعهد في تقدير السراية يجب القصاص اذا ماتت
بالة جارحة ولا كفالة بالقصاص واذا كانت خطا فني الكفالة بها جهالة المكفول به فانها ان سرت الى النفس
وجب دية النفس والا فارش النجمة ومع ذلك صح وقدمنا ان المراد من الدين الصحيح ما لا يكون بدل الكتابة فانه
ليس بدين صحيح لان العبد يتمكن من اسقاط هذا الدين بنفسه بان يعجز نفسه ولانه للسيد على عبده ولا دين
يثبت للسيد على عبده ولذا احترز به عن دين الزكوة فانه دين حتى يمنع وجوب الزكاة لكنه ليس حقيقة الدين
من كل وجه لما ذكرنا والدرك التبعة وفيه فتح الراء وسكونها ثم المكفول له بالخيار ان شاء طالب الذي عليه الدين
وان شاء طالب الكفيل وهو قول الشافعي العلم وعن مالك لا يطالب الكفيل الا اذا تعذرت مطالبة الاصيل وله
مطالبتهما جميعا لان الكفالة ضم ذمة الى ذمة وذلك يسوغ مطالبتهما ومطالبة ايهما شاء الا اذا شرط في الكفالة
براءة الاصيل فحينئذ لا يطالب الاصيل بناء على انها حينئذ حوالة عندنا بلفظ الكفالة تجوز بها فيجري حينئذ
احكام الحوالة كما ان الحوالة تشترط ان لا يبرأ الاصيل بتقدم كفالة اعتبارا للمعنى فيها خلافا لمالك المطلوب منه
اذا اختار تضمين احد الغاصبين يعني الغاصب وغاصب الغاصب اذا قضى القاضي عليه بذلك ليس له ان يضمن الاخر
ان اختياره تضمين احدهما الى ان قضى عليه بضمان الملك منه فيبرأ الاخر بالضرورة بخلاف المطالبة عن الكفالة
بالمقتضي للملك ولو قضى عليه ما لم يوجد حقيقة الاستيفاء ويجوز تعليق الكفالة بالشروط مثل ان يقول لما بايعت
فلانا فعلي وما ذاب لك عليه اي ما وجب وثبت عليه فعلي من ذوب الشحم ان المعنى ان ما بايعته فعلي وكذلك
البيع وان ذاب لك عليه شيء فعلي وكذا ما غصبك فعلي وان صحت فعليه فيجب بالمبايعة الاولى فلو بايعه
مرة بعد مرة لا يلزمه ثمن في المبايعة الثانية وذكر في المجرد عن ابي حنيفة رضي الله عنه رواية اخرى ان
ابن سماعة يلزمه كله ولو رجع الكفيل عن هذا الضمان ونهاه عن المبايعة صح حتى لو بايع بعد ذلك لم يلزم الكفيل
شيء وقيد بقوله فلانا ليصير المكفول عنه معلوما فان جهالة المكفول عنه تمنع صحة الكفالة كجهالة المكفول

له في الاطافة ولو قال ما بايعت من الناس فعلي ضمانه باطل للجهالة جهالة المكفول عنه تمنع صحة الكفالة وبه يحصل الفرق
جهالة المكفول عنها جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة والحاصل ان جهالة المكفول له لا تمنع مطلقا وجهالة
المكفول عنه لا تمنع مطلقا وجهالة المكفول عنه في التعليق والاضافة تمنع صحة الكفالة وفي التنجيز لا تمنع شائع
ذلك لو قال ما داب لك على احد من الناس او ما بايعت احدا فهو علي لا تصح لجهالة المضمون عنه في الاضافة
وكذا لو قال ما داب لك احد عليك فهو علي لا تصح لجهالة المكفول له ولو قال ما غصبك فلان او سرق فعلي جاز
لانتفاء ما ومن المثل ما غصبك اهل هذه الدار فانا له ضامن لا تصح الكفالة كانه قال ما يجب لك على واحد
من الناس فعلي وفيه لا تصح لجهالة المكفول عنه ومن بايع فلانا اليوم من بيع فعلي لا يلزم الكفيل شيء لجهالة
المكفول له لانه ضمن لواحد من الناس خلاف ما لو قال لجماعة حاضرين ما بايعتموه فعلي صح فايهم بايعه
لزم الكفيل لانه ضمن لمعينين وحينئذ يجب كون اهل الدار في المسئلة قبلها ليسوا معينين معلومين عند المخاطبين
والا لا فرق ومنه ما لو قال لرجلين كفلت لهذا بما له على فلان وهو الف او لهذا بما له عليه فهو باطل لجهالة
المكفول له ولو قال لرجل كفلت بما لك على فلان او ما لك على فلان رجل اخر جاز لانها جهالة للمكفول عنه في غير
تعليق ويكون للخيار والكفيل فيحتاج الى فرقين فرق بين المكفول له وعنه في التنجيز حيث يصح مع جهالة
المكفول عنه دون المكفول له وفرق بين المكفول عنه في التنجيز والاضافة حيث يصح في التنجيز دون الاضافة
اما الاول فما ذكرنا في الذخيرة ان الكفالة في حق الطالب بمنزلة البيع والمكفول له كالبايع لانه مملك ما في
ذمة المكفول عنه من الكفيل فلا بد من تعيين فلا يصح بدون قبول المشتري وقبوله يستلزم تعيينه فكانت
جهالة الطالب مانعة جواز ها كجهالة المشتري مانعة للبيع والكفالة في حق المطلوب بمنزلة الطلاق
والعتاق حيث صحت من غير قبوله وامره فلا تمنع جهالته جواز ها فلا يمنع جهالة المعتق جواز العتق واما الفرق
بين جهالة المكفول عنه في الارسال والتعليق ان القياس باي جواز اضافته لانها تمليك في حق الطالب
وانما جوزت استحسانا للتعامل والتعامل فيما اذا كان المكفول عنه معلوما فاذا كان مجهولا يبقى على القياس
وحاصل هذا ان المبطل هو الاضافة لجهالة المكفول عنه اذا عرف هذا حينا الى مسئلة الكتاب فاستدل
المصنف والتزام الاصحاب بقوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم وتقل عن ابي بكر الحصاص تقعيف
الاستدلال به لجواز ان يكون لبيان العمالة لا الكفالة ولذا قالوا اصحابنا ان بني ان هذا القائل
ضامن عن نفسه وهذا حال المستأجر لانه ضامن للاجرة عن نفسه بحكم الاجارة لا الكفالة وضمان
العمالة على هذا الوجه جايز لمن ابتاع عبدا فقال من جاء به فله كذا والدليل على انه ليس من باب
الكفالة بل من العمالة على هذا الوجه المكفول له في الاية مجهول وجهالته لا تفي مسئلة
واحد تنازعا وعامة المشايخ قالوا الاستدلال به صحيح فان الزعيم حقيقة الكفيل والمؤذن
انما نادى الغير عن غيره وهو الملك فان المعنى الملك يقول لم يجيء لمن جاء به حمل بعير لانه انما نادى
بامره ثم هل عن الملك بالجعل المذكور لا عن نفسه الا ان في حمالة المكفول قد استدل على امرين
جواز الكفالة مع جهالة المكفول له وجواز ها مضافة وقد علم انتساخ الاول بدلالة الاجماع على
منعها مع جهالة المكفول له وهو مسلم منع الاخر حاكما بجواز الكفالة عن الميت المفلس
وبطلانها مع جهالة المكفول له وعند محمد تثبت ابي حنيفة في قصة الميت المديون بدرهمين
فعالهما على فصلي عليه الصلاة والسلام عليه فدل على جواز الامرين ثم قال الدليل على انتساخ
احدهما وهو جواز هما مع جهالة المكفول له ولم نقل على الاخر وهو الكفالة عن الميت المفلس ولو لم يسم
هذا الذي ما تقدم من المعنى فيها من الاجماع على صحة ضمان الدرك ولما كان اضافة الكفالة على خلاف
القياس لما ذكرنا من شبهه بالبيان اي اخرنا تقدم اقتصر على ما يناسب مورد النص وهو
ان يكون شرطا ملايما وملايمة الشرط باحد ثلاثة امور احدها ان يكون سببا للزوم الحق وهو الذي
عبر عنه المصنف بان يكون شرطا بوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع فانا ضامن لك

لوجوب الحق على البايع الشرعي ومن هذا القبيل [illegible] عنه بسبب وجوبه وهو الجني بالضاع فانه سبب وجوب
الثاني ان يكون شرط الامكان الاستيفاء مثل قوله اذا قدم فلان وهو ممكن عنه فان قدومه سبب موصل الاستيفاء منه
الثالث ان يكون سببا لتعذر الاستيفاء مثل ان يغيب عن البلد او هرب او مات ولم يدع شيئا ومثل الصور المروية عن محمد ضمنت
ما لك على فلان ان توى وان حل ما لك عليه ولم يؤد اليك به وفي الخلاصة نقلا عن الاصل قال للودع ان اتلف المودع وديعتك
او جحدك فانا ضامن لك وكذا ان قتلك او اتلف ثيابك فلان خطأ فانا ضامن للدية مع خلاني اذا اكلك سبع ونحوه مما ليس ملايما
كان دخل الدار او قدم فلان وهو عن مكفول عنه او هبت الريح او جاء المطر لا يصح هذا التعليق وكذا اذا جعل احدهما اجلا
يعني من هبوب الريح ومجيء المطر كان يقول كفلت به او بما لك عليه الى ان تهب الريح او الى ان يجيء المطر لا يصح الا ان الكفالة تثبت
حالة ويبطل الاجل بخلاف ما لو علقها بهما حيث اذا هبت الريح فقد كفلت لك بما لك عليه فان الكفالة باطلة اصلا ولو جعل الاجل
للحاد والرياس او المهرجان او الغطاس او صوم النصارى جازت الكفالة والتاجيل فالحاصل ان شرط الغير ملايم لا ينعم معه
الكفالة اصلا مع الاجل الغير الملايم ففي حالة يبطل الاجل لكن تعليل المصنف لهذا بقوله لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط
لا تبطل باشتراط المنافية كالطلاق والعتاق تقتضي ان يجيء التعليق بغير الملايم نفع الكفالة حالة وانما يبطل الشرط
والمصرح به في المبسوط وفتاوى قاضي خان ان محل لفظ تعليقها على معنى تاجيلها بجامع
ان في كل منهما عدم ثبوت الحكم في الحال وقد علل المصنف في هذا الاستعمال لفظ المبسوط فانه ذكر التعليق واراد التاجيل هذا
وظاهر سرد الاتقاني المشي على ظاهر اللفظ فانه قال فيه الشرط اذا كان ملايما جاز تعليق الكفالة ومثل بقوله اذا اسحق
للبيع فانا ضامن ليلا ان قال وان كان بخلاف ذلك كهبوب الريح ومجيء المطر لا يصح التعليق وتبطل الشرط ولكن تنعقد الكفالة
ويجب المال الان فلا جاز تعليقه بالشرط لا يفسد بالشروط الفاسدة اصله الطلاق والعتاق وفي الخلاصة نقلا عن بعض
ان يجعل له الطالب اجلا فان لم يكن مشروطا في الكفالة فالشرط باطل وان كان مشروطا فيها فالكفالة باطلة انتهى وهذا يفيد
انها تبطل بالشروط الفاسدة اذا كانت في صلبها فان قال تكفلت بما لك عليه هذا شروع في بيان خصوص
وقت الوجوب على الكفيل وهذا على اختلاف الالفاظ التي تقع بها الكفالة فمن ذلك ما ذكره من قوله تكفلت بما لك عليه
فلا يجب على الكفيل حتى الا ان تقوم البينة لعدد الف او غيره او ان الثابت بالبينة كالثابت بمعاينة فيتحقق بها ما عليه
فوجب عليه ولو لم تقم بينة فالقول قول الكفيل في مقدار ما على المكفول عنه مع يمينه فان اعترف المكفول عنه بالاكثر من
ذلك لم يصدق على كفيله الا ان اقر اولا على الغير والا فلا يلزم عليه ويصدق المكفول عنه في حق نفسه بما اقر به على نفسه لولايته
عليها بخلاف قوله ما داب لك على فلان فهو علي او ما ثبت فاقر المطلوب بالمال يلزم الكفيل لان الثبوت حاصل بقوله ولذلك داب
فانه بمعنى حصل وفي حاصل ما اقر اره بخلاف الكفالة بما لك عليه فانها بالدين اللازم في الحال وداب ونحوه الكفالة بما يجب
والوجوب ثبت باقراره بخلاف ما قضى عليه لك لا يلزم الا ان تقضي آنفا مني ومثل ما لك ما اقر لك به امس فلو قال المطلوب
اقررت لك بالف امس لم يلزم الكفيل لانه قبل ما لا واجبا عليه لانا لا يجب عليه في الحال ولم يثبت انه واجب عليه فان قال
ما اقر به فلان في الحال يلزمه ولو قامت بينة انه اقر له قبل الكفالة بالمال لم يلزمه لانه لم يقل بما كان اقر لك ولو ابى
المطلوب اليمين فالزمه القاضي لم يلزمه الكفيل لان النكول ليس باقرار بل رد في الخلاصة رجل قال ما اقر فلان به
فهو علي فان الكفيل ممن اقر فلان فالمال لازم في تركة الضامن وكذا ان مات الدرك وفي رجل قال لآخر بايع فلانا فما بايعته
من شيء فهو علي فهو ان قال الطالب بعته متاعا بالف وقبضه مني واقر به المطلوب وجحد الكفيل يؤخذ الكفيل بما سمى
للبينة ولو جحد الكفيل والمكفول عنه البيع واقام الطالب البينة على احدهما انه باعه وسلمه لزمهما ولو قال ان لم يعطك
فلانا ما لك عليه فانا ضامن بذلك لا سبيل فيه عليه حتى يتقاضاه فيقول له اعطيك ولو مات المطلوب قبل ان يتقاضاه
لزم الضامن اداؤه ولو لم يمت لكنه قال انا اعطيك ان اعطاه سكانه او ذهب الى السوق فاعطاه او قال اذهب الى المنزل
حتى اعطيك مالك فاعطاه فهو جائز فان قال ذلك ولم يعطه من يومه لزم الكفيل ولو قال ان تقاضاك فلانا ما لك عليه ولم يعطه
فانا لما لك عليه ضامن فمات المطلوب قبل ان يتقاضاه بطل الضمان ولو قال ان عجز عن ذلك عليك فانا الجائز نظير ما لو حبس
ان حبسه ولم يؤد لزم الكفيل وفي فتاوى النسفي رجل كفل لرجل عن رجل بمال على ان يكفل عنه فلان بكذا من المال فلم يكفل
فلان فالكفالة لازمة وليس له خيار وفي مجموع النوازل جماعة طمع الوالي ان يأخذ منهم شيئا بغير حق فاخذ

بعضهم فلما رجع الى بعضهم فقال المحتوف للذي [illegible] الوالي شيئا فلم الرجوع قال نعم استقيم على قول من يقول ان الطالب اذا [illegible] على ان يعطيه من دين المكفول عنه التي عنده جاز اذا امره بذلك وليس له ان يستوفي الوديعة منه فان هلكت بيد
الكفيل والقول قول الكفيل انها هلكت فلو تصادقا رب الوديعة او غيره او استهلكها بيد الكفيل والحوالة على هذا ولو ضمن
المال على ان يعطيه اياه من ثمن هذه الدار فلم يسلم الدار لم يكن على الكفيل ضمان ولا يلزمه بيع الدار وجواز الكفالة بامر
المكفول عنه وغير امره لا طلاق ما روينا وهو قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم وانه اعم من كونه باذن وبلا اذن
ولانه ابتداء الكفالة التزام المطالبة وهو اي هذا الالتزام تصرف في حق نفسه وفيه نفع للطالب بلا ضرر على
المطلوب لان ضرره ثبوت الرجوع عليه لانه اي الرجوع عند امره وعند امره يكون قد رضي به فان كفل بامره
رجع بما ادى لانه قضى دينه بامره متيقنا بامر من احدهما ان يكون المطلوب ممن يصح منه الامر فلو كان صبيا محجورا
او امر من يكفل فلا رجوع له عليه ولو كان عبدا محجورا فانما يرجع عليه بعد عتقه فلو كان الصبي ماذونا صح امره ويرجع
الكفيل عليه لصحة امره بسبب الاذن فانهما ان يشمل الامر على الغنطة عني كان يقول اكفل عني اضمن عني لفلان او علي
قوله وانا ضامن ونحوه فلو قال اضمن لا لك التي لفلان على لم يرجع عليه عند الامام الثاني خلافا لهما وهو
نجاز ان يكون القصد ليرجع وان يكون القصد هبة يتبرع به ذلك فلا يلزم المال وهذا قول ابي حنيفة ومحمد بدليل ما في اشارات
الاسرار اذا قال لرجل اضمن لفلان الف درهم او قضاه الف درهم فعمل لم يرجع على الامر الا اذا كان خليطا او شريكا
وقال ابو يوسف يرجع لانه وجد القضاء بناء على الامر فلا بد من اعتبار الامر فيه ولن يكون ذلك الا اذا كان قضاء من جهة
الذي امر قضاء لا لو قال اقض عني درهما فقضى ذلك استقرضا منه ومتى قلنا لا يتبع عن الذي امر لانه الامر لانه يصير
قاضيا عن نفسه فيصير وجود الامر وعدمه سواء اما الخليط فيرجع فيه بالاجماع والخليط هو الذي يعامله الرجل
مداينته والاخذ منه ووضع الدراهم عنده والاستجرار منه واورد مطالبة بالفرق بين الامر في الكفالة وبين
ما اذا قال اد عني زكاة مالي او اطعم عني عشرة مساكين فاديا عنه لا يرجع على الامر ما لم يشرط الضمان فيقول على اني ضامن
فلم يكن لمجرد الامر حكم الرجوع وان ذكر فيه لفظة عني بل حتى يشرط الضمان وفي الكفالة التي به واجاب في الدرر في مبسوط
شيخ الاسلام بان الامر طلب التمليك من المأمور في الفصول كلها لانه امر ان يؤدي عنه وينقضي عنه ولن يكون قاضيا عنه الا بعد
ان يصير المقضي به ملكا للامر لان الملك للامر انما ثبت في ضمن ملك القابض فثبت على وجه فيه ثبت للقابض ملك
مضمون بالمثل ثبت للامر مثله ذلك والا فلا وفي قضاء الدين انما ثبت للقابض ملك مضمون بالمثل لانه انما ملكه بالمثل وهو
الدين السابق له حتى لو ظهر ان لا دين عليه ليسترده منه المقبوض فثبت للامر ملك مضمون بالمثل وليس ذلك الا القرض وفي
باب الزكاة والكفارة يثبت للقابض ملك غير مضمون بالمثل حتى لو ظهر ان لا زكاة عليه لا يسترد من الفقير ما قبض يثبت
للامر ملك مثل ذلك فلا ضمان عليه الا باشتراط وحاصل ان الامر في الكفالة تضمن طلب القرض اذا ذكر لفظة عني وفي قضاء
الزكاة والكفارة طلب التهاب ولو ذكر لفظة عني لما ذكرنا ان الملك انما ثبت للمكفول عنه على الوجه الذي ثبت للقابض
وقوله وان كفل بغير امر لم يرجع هو قول الشافعي ورواية عن احمد وقول مالك ورواية عن احمد يرجع كالوكيل بامره
لان الطالب طالبه باستيفاء منه كالمملك لما على المطلوب من الكفيل او كالمقرض له متاعا فنفسه في استيفاء المال من الاصيل وقلنا
تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز وحيث ساهلنا يشيء من ذلك فانما معناه التشبيه اي هو كالمملك وفي الكفالة
بالامر يجب المال للكفيل على الاصيل حكما للكفالة كما وجب للطالب على الكفيل لكن بتأخير في اداءه وهذا لا يكون في كفالته
بالامر لانه متبرع ولا يمكن اثبات المال في ذمة المطلوب بلا رضاه وذلك كما يرجع وقوله رجع بما ادى معناه اذا ادى
ما ضمنه اما اذا ادى خلافه فانما يرجع بما ضمن حتى لو كان الدين زيوفا فاداها جيادا فانما يرجع بالزيوف او كان الدين
جيادا فاداها عنا زيوفا وتجوز الطالب بها فيرجع بالجياد بخلاف الامر بادا الدين فانه يرجع بما ادى فلو كان الدين
جيادا فاداها زيوفا يرجع بالزيوف ولو كان زيوفا فاداها جيادا رجع بالزيوف ايضا لان رجوعه بحكم الامر ولم يدخل ضمن
الجودة في اذا كان الدين زيوفا فاخذ الامر اما الكفيل فانما يرجع بحكم الكفالة وحكمها انه على الدين بالاداء فيصير
كالطالب نفسه فيرجع بنفس الدين وصار كما اذا ملك الكفيل الدين بالارث بان مات الطالب والكفيل وارثه فانما له

المسايل مسايل الجامع الصغير وذكرت فيه بلفظ الكفالة ابو حنيفة

الملك اي باع ثوبا هو لرجل يطوق الوكالة عنه في بيعه وضمن الوكيل له اي للرجل المالك الثمن او مضارب ضمن ثمن متاع لرب

المال لما ضمان بالعمل ان الكفالة وهو الضمان التزام المطالبة والمطالبة اليها اي الى الوكيل والمضارب فيصير كل منهما ضامنا لنفسه

فيصير مطالبا مطالبا وهذا الان متوقف العقد ترجع اليها حتى لو حلف المشتري ما للموكل عليه ودين برّ ولو حلف ما الوكيل

عليه كي حنث خلافا للوكيل بالنكاح عن المرأة حيث يصح ضمانه المهر لها عن الزوج لانه سفير لا يرجع اليه حقوق العقد فليس له

المطالبة بالمهر فيصير ضامنا لنفسه ولان المال في يد كل من الوكيل والمضارب امانة فلا يصير مضمونا عليهما

ولا يصح الضمان كاستئجاره تغيير حكم الشرع وصار كاشتراء الضمان على المودع والمستعير وكذلك اي لا يصح الضمان ايضا فيما

اذا باع رجلان عبدا مثلا بينهما صفقة واحدة وضمن احدهما لصاحبه حصة من الثمن لانه لو صح الضمان مع الشركة بان ضمن نصف

الثمن مطلقا يصير ضامنا لنفسه ان كل جزء من الثمن مشترك بينهما فما يستحق بنصيب احدهما فللا خر ان يرجع به فيؤدي

الضامن الشريك يكون بينه وبين المضمون له فكان له الرجوع بنصفه على الشريك فاذا رجع بطل حكم الاداء لعدم الرجوع فيه

الرجوع فيه ويصير كما لو ما ادى الا البعض فكان للضامن ان يرجع بنصف البعض ثم وثم فلم يبق الا بقدر شيء او بقي الجزء الذي لا يجوز

فظهر لزوم بطلان الضمان من حيث صح ولو كان ضمن نصيب شريكه خاصة يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه وهو لا يجوز لانه في الذمة

لا يتميز القسمة لانها افراز ولا تميز في الدين عن ذاته وصفه اعتباري ويرد عليه احتياري والثاني ونقل الاجماع على

ان احدهما لو اشترى بنصيبه من الدين شيئا جاز فكذا هذا وقد يفرق بان لو باع نصيبه من العين يجوز وليس فيه معنى قسمة الدين قبل قبضه فعلى الوجه

الذي صح هذا لو كان نصيب شريكه المضمون له قال في الذخيرة الظهيرية بعد ان اورد هذا ولكن التعويل على ما ذكرنا يريد به ما قررنا

من بطلان الضمان حيث صح الى بعد ما صار الوجه مردودا سواء كون الضمان بنصف شايع او بنصف شريكه وبطل الاول بما ذكر

الناظم ان محل الثاني ويدفع لازمه الباطل بما ذكرنا الا ان يفرق بين شايعه بحصته وبين ضمانه او بخص البطلان بما اذا

اريد ضمان النصف شايعا وحكم بانه المراد وقوله بخلاف ما اذا باعا صفقتين يعني بخلاف ما لو باع الشريكان العبد صفقتين

باع هذا نصيبه على حدته وهذا كذلك من المشتري ثم ضمن احدهما للاخر نصيبه او باعاهما وسمى لكل نصيب تمام ثمن

احدهما صح الضمان لانه لا شركة بينهما بحكم الشرع بذلك ولذا لو قبل المشتري في نصيب احدهما اذا باعاهما دون الاخر

صح ولو قبل الكل ثم تقاصة احدهما ملك قبض نصيبه على الخصوص ولا يخفى ان هذا في الثاني محمول على ما اذا اتحد مجلس

الثمن لفظة البيع عند ابي حنيفة والاصوب على قوله في تعدد الصفقة على اسلفني في البيع قال الامام قاضيخان ولو تبرع يعني

الشريك بالاداء في هذه الفصول من غير ضمان جاز تبرعه لان التبرع لا يتم الا بالاداء وعند الاداء يصير مستقطا حقه في ذلك كذا

فيصح وجواز التبرع لا يدل على جواز الكفالة لان التبرع اوسع جوازا من الكفالة الا ترى انه يجوز التبرع ببدل الكتابة ولا

يجوز الكفالة به ومن ضمن عن اجير خراجه ونوابه وقسمته وهو جايز اما الخراج فقد ذكرناه قبل هذا الفصل بقوله

والرهن والكفالة جايزان في الخراج وهو مخالف الزكاة لانها مجرد فعل هو تمليك طايفة من ماله مقدرة ثابتة في الذمة

الدين اسم لمال واجب في الذمة يكون بدلا عن مال اتلفه او قرض اقتضه او مبيع عقد بيع او منفعة عقد عليها من بضع امراة

وهو المهر او استيجار عين والزمان ليس كذلك بل ايجاب احتاج مال ابتداء لا لمحال نفسه فليس بدين حقيقي ولو وجب

في نصاب مستهلك وانما الحقه الدين في بعض الاحكام على ما قدمناه بخلاف الخراج لانه مال يجب في مقابلة الدار عن حوزة

الدين وحفظه والزكاة فكان كالاجرة وقد قيدت الكفالة بما اذا كان خراجا موظفا لا خراج مقاسمة وهو ما يجب فيما يخرج

فانه غير واجب في الذمة واما النوايب فان اريد بها ما يكون بحق كالذي المشترك العامة واجر الحارس للحله

الذي يسمى في دار مصر الخفير والموظف لتجهيز الجيش في حق وفداء الاسارى اذا لم يكن في بيت المال شيء وغيرها مما هو حق فالكفالة

به جايزة بالاتفاق لانها واجبة على كل مسلم موسر بايجاب طاعة ولي الامر فيما فيه مصلحة المسلمين ولم يلزم بيت المال او لزمه لكنه واناء ريد

بها ما ليس بحق كما يزاد الموظف على التاجر في زماننا بباب فارس على الخياط والطباخ وغيرهم السلطان في كل يوم او شهر او قدم اشهد

النظر بحيث اذا حلفت بقوله اني مظلوم منه في هذا الحكم وقد لزمني فيه
وارتفاع الاوقاف التي تحت ايدي امثاله القاضي والذي يجاريه من هذا النوع
يوليهم القاضي النظر او المباشرة فما وجه اتباعي التي تحت يد الذي نسبي امين الحكم فعمل بها حسب ما تقوم به
البينة انه لفلان او غير ذلك او يعترف الذي هو في يده وهل يقبل قول المعزول على من هي في يده اذا انكر وقال
هي لي لا ببينة لما بينا انه الحق بيد احد من الرعايا بحكم ان القاضي لانه هو المخصوص بان يكتفي بقوله في الالزام
حتى ان الخليفة الذي قلد القاضي لو احضر القاضي انه شهد عنده الشهود بكذا لا يقضي به حتى يشهد عند الخليفة
مع امرد الواحد هل يقبل قوله الا ان يعترف الذي في يده ان القاضي المعزول سلمها الى فحينئذ اما ان يقول سلمها الي او امرني
ان ادفعها الى او يقول سلمها الي وقال هي لفلان ابن فلان وهو الذي اقر له القاضي المعزول ففي هذين يقبل قول المعزول
فيها لانه ثبت باقرار من في يده ان اليد فيها كانت للقاضي فيقبل اقرار القاضي فيها كما لو كانت في يد
حال اخباره او يقول دفعه الى القاضي المعزول وهو لفلان وقال المعزول بل لفلان رجل آخر فالقول
ما قال المعزول ويدفع لمن اقر به لانه اقر بايد للقاضي فصار كان المال في يده فاقر به لواحد واقر به
هذا الرجل آخر فيه يكون القول قول القاضي فكذا هذا او بدأ بالاقرار لفلان فقال هو لفلان ابن فلان
ثم قال دفعه الى القاضي ففي هذا يوسر بالتسليم للاول لانه اقر له الامين ويقضى مثله اذا كان مثليا او قيمته للمعزول فيدفعه
المعزول للاول لانه لما بدأ بالاقرار صح اقراره ولزم لانه اقر بما هو في يده فلما قال دفعه الى القاضي
فقد اقر ان اليد كانت للقاضي والقاضي يقر به لغيره من اقر هو به له فيصير هو مثلما لو كان في يد
له القاضي باقراره لغيره فيضمنه هذا واما لو شهد قوم انهم سمعوا القاضي الاول يقول استودعت
فلانا مال فلان اليتيم و محمد من في يديه او شهدوا على بيعه مال فلان اليتيم فانه يقبل ويوخذ المال من ذكر وكذا
لو مات الاول واستفتى غير من شهد بذلك. **فرع** يناسب هذا لو شهد شاهدان ان القاضي قضى لفلان
على فلان بكذا وقال القاضي لم اقض بشيء لم تجز شهادتهما عندهما ويعتبر قول القاضي وعند محمد تقبل
وبنى على ذلك **قوله** ويجلس للحكم جلوسا تهوا قيلا ينتبه مكانه على الفور با وسط المسجدين وفي الخلاصة
ولا يتعب نفسه في طول الجلوس ويكره ان يجلس طرفي النهار ولذا المفتي والفقيه والمسجد الجامع اولى لانه
اشهر من الذي تقام فيه الجماعات وانما تصل فيه الجمعة قال في نور الاسلام هذا اذا كان الجامع في وسط البلد
اما اذا كان في طرف منها فلا لزيادة المشقة على اهل الشقة المتاخمة له فالاولى ان يختار مسجدا في وسط
البلد وفي السوف ويجوز ان يحكم في بيته وحيث كان الا ان الاولى ما ذكرنا ويقولنا قال احمد ومالك
في الصحيح عنه وقال الشافعي يكره الجلوس في المسجد للقضا لانه اي القضا محض الشرك وهو مخل بالنفس
قال تعالى انما المشركون نجس والجامع ممنوعة عن دخوله وبانه في المساجد بنيت للصلاة والذكر
والخصومات تقترن بالمعاصي كثيرا من لمس النفوس والكذب في الدعاوي ولنا ما في الصحيحين
من حديث اللعان من حديث سهل ابن سعد وفيه سلاعنا في المسجد وانا شاهد ولا بد من كونه احدهما فاذنا
حاضرا في عين عمر وفي الصحيحين ايضا عن كعب بن مالك انه تقاضى ابن ابي حدرد دينا كان له عليه طار تضعت
اصواتهما حتى سمعها رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في بيته فخرج اليهما حتى كشف سجف حجرته فنادى يا كعب
قال لبيك يا رسول الله فاشار بيده ان ضع الشطر من دينك قال لقد فعلت يا رسول الله قال قم فاقضه
واخرج الطبراني مسندا الى ابن عباس قال بينا رسول الله صلى الله عليه وسلم يخطب يوم الجمعة اذا اتى رجل
فتخطى الناس حتى قرب اليه فقال يا رسول الله اقم علي احد فقال اجلس فجلس وقام الثانية
فقال يا رسول الله اقم علي احد فقال اجلس فجلس فقام الثالثة وقال يا رسول الله اقم علي احد فقال
وما مدك قال ابيت اسراة حراما فقال صلى الله عليه وسلم لعلي وابن عباس وزيد ابن حارثة وعثمان ابن عفان
رضوان الله عليهم اجمعين انطلقوه فاجلدوه ولم يكن تزوج فقيل يا رسول الله الا تجلده الحد حيث
بها فقال لرسول الله صلى الله عليه وسلم من صاحبك قال فلانه فدعا هاتم سالها فقالت يا رسول الله كذب

حد الغرية ما يبن ان الخلفاء الراشدين كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات فثبت بهذا
يبني وقع بينهم هذا وما يحاذيه ثم ان عمر وعثمان وقع لهما ذلك ومن تتبع السير راى من ذلك شيئا كثيرا
وفي البخاري ان عمر عند منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم واسند الامام ابو بكر الرازي الى الحسن انه
راى عثمان قضى في المسجد وزاد القصة وذلك فيما قيل انه غريب على ان المراد رواية هذا اللفظ
وليس كذلك وفي الطبقات لابن سعد يسنده الى ربيعة ابن ابي عبد الرحمن انه راى ابا بكر ابن محمد
بن عمرو ابن حزم يقضي في المسجد عند القبر وكان على القضا بالمدينة في ولاية عمر ابن عبد العزيز
واسند الى سعيد ابن ابي مسلم بن بابك قال رايت سعد ابن ابراهيم ابن عبد الرحمن ابن عوف يقضي في
المسجد وكان قد ولي القضا بها فكان يقضي في المسجد قال وابو اسامة ثقة يروي
عن اسن وال اسمعيل ابن ابي خالد قال رايت شريحا يقضي في المسجد وكان الاسود ابن شيبان
قال رايت الشعبي وهو يومئذ قاضي الكوفة يقضي في المسجد وكل قضاة صدر من هؤلاء كان
من السلف مشهورا وفيهم الصحابة والتابعون ولم يروا انكاره عن احد وا لحديث الذي
ذكره المصنف انما بنيت المساجد لذكر الله والعلم فلم يعرف وانما اخرج مسلم
حديث الاعرابي الذي قام يبول في المسجد فقال اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم
مه مه فقال صلى الله عليه وسلم لا تزرموه دعوه فتركوه حتى بال ثم دعاه صلى الله عليه
وسلم فقال له ان هذه المساجد لا تصلح لشيء من هذا البول والقذر وانما هي لذكر الله
والصلوة وقراءة القران قال او امر رجلا من القوم فجاء بدلو من ماء فشنه عليه واما
نجاسة المشرك في الاعتقاد فهي معنى التشبيه والحائض تخبث بحالها لتخرج الى القاضي
او يرسل نائبه كما لو كان الدعوى في دابة ولو جلس في داره فحسن بشرط ان ياذن
للناس في العموم ولا يمنع احدا من الناس لان لكل احد حقا في مجلسه وفي قياس ما ذكرنا
في المسجدين الاولى ان يكون في وسط البلد وفي المبسوط وان قضى وهو متكئ او يسير على
دابته لا بأس اذا كان غير متمكن الحال ولما فيه من الاستخفاف بالقضا وانه مشغول
بما هو فيه ولا بأس بان يتكئ لانه نوع جلسة كالمتربع وغيره وطباع الناس في الجلوس مختلف
وينبغي ان لا يقضي وهو غضبان ابو حنيفة او جائع او عطشان او مهموم او ناعس او في حال
برد شديد او يدافع الاخبثين او به حاجة الى الجماع والحاصل لا ينفرد حال يشغل قلبه
واصله حديث لا يقضي القاضي وهو غضبان معلول به وينبغي ان يتطوع بالصوم في اليوم
الذي يريد الجلوس ولا يسمع من رجل حجتين فاكثر الا ان تكون الناس قليلا ولا يقدم رجل
على الاخر قبله ولا يضرب في المسجد حدا ولا تعزيرا وينبغي ان يجلس موضع من كان يجالسه قبل
ذلك الا ان في جلوسه دفع تهمة الرشوة او الظلم وروي ان عثمان ما كان يجلس حتى يحضر
اربع من الصحابة وليستحب ان يحف مجلسه جماعة من الفقها او يشاورهم فيما يشكل عليه
وفي المبسوط فان دخله حصر في نفسه او همه عنده او شغله عن حق من امور المسلمين جلس وحده
فان طباع الناس تختلف فمنهم من يمنعه حشمة الفقها من فصل القضا وسنحضر من يزداد قوة على ذلك
فاذا كان ممن يدخله حصر جلس وحده وفي المبسوط ما حاصله انه ينبغي للقاضي ان يعتذر للمدعى
عليه ويبين له وجه قضايه ويبين له انه فهم حجته ولكن الحكم في الشرع لذا فانقضى القضا
عليه فلم يكن غبن ليكون ذلك ادفع لشكايته للناس ونسبته لهما انه جار عليه ومن يسمع
يخل فربما تفسد العامة عرضه وهو بري واذا امكن ان امته الحق مع عدم ايجاد الصدود
كان اولى

ولا يقبل الهدية الحاصل ان المهدي اما له خصومة او لا فان كانت

يركبانه شيخ الاسلام **قوله** وفي الجامع الصغير الخ اقربه بين عند القاضي فانه يحبسه ثم يسأل
عن حاله اما اذا كان لما في ظاهر من المحاكمة لما قدمه من قوله الخ انه الذي لا اقرار له يحبسه في اول الدعوى
فان هذا ظاهر في وصل الحبس بالاقرار فتذكر له ياوله بقوله وسواء اذا اقر عنده غير القاضي او عند من ظهرت مماطلته
فترافعا الى القاضي فانه يحبسه بمجرد جوابه انه لم يقطه الى الان شيأ **قوله** وتجبر الرجل على نفقة زوجته
لانه ظلم بالامتناع وتحقق ذلك بان تقدمه في اليوم الثاني من يوم مرض النفقة وان كان معدما النفقة كالمالك اذا رأى القاضي ذلك فاما لم يحبسه وفرضها لم يحبسه لان العقوبة تتحقق بالظلم والظلم بالمنع بعد
الوجوب ولم تحقق وهذا ينبغي انه اذا لم يفرض لها ولم ينفق الزوج عليها في يوم ينبغي اذ اقدمته في اليوم الثاني ان
يأمن بالانفاق فان رجع فلم ينفق اوجعه عقوبة وان كانت النفقة سقطت بعد الوجوب لعود الظلم لها وقد بينا
اسلفناه في باب القسم من قولهم اذا لم يقسم لها فرفعته يأمن بالقسم وعدم الحول فان ذهب ولم يقسم فرفعته
اوجعه عقوبة وان كان ما ذهب لها من الحق لا ينفي وتحمل ان الضرر كبير **قوله** ولا يحبس الوالد في دين
ولد لانه عقوبة ولا يستحق الولد عقوبة لاجل الوالد لان التأفيف لما حرم كان الحبس حراما لانه فوقه ولذا لا يحد
اذا قذفه ولا ينفض منه اذا قتله اما اذا امتنع عن الانفاق سعيا في ملكهم ويجوز ان يحبس الولد لقضاء الدين الذي لزم
الوالد لانه لا تدارك لسقوطها اي لسقوط النفقة بمضي الزمان فحلان الدين فانه لا يسقط وفي الذخيرة والعيون
لا يحبس مولاه لان المولى لا يستوجب العقوبة عليه دينا والمولى لعبده الماذون عبر المديون لان كسبه لمولاه فكيف
يحبس له فان كان عليه دين حبس لانه للغرماء في التحقيق ويحبس مولى المكاتب للمكاتب اذا لم يكن دينه من جنس
بدل الكتابة لان في الحبس لبعض احد ياتيان قضاء ما وفي غير جنسه لا تتم المقاصة والمكاتب
في اكسابه كالحر فله حق المطالبة فيحبس لطلبه اما الحر المكاتب فلا يحبس بدين الكتابة لانه بالامتناع
لا يفيت ظلما ولو كان عليه دين غير بدل الكتابة يحبس فيه لانه لا يتمكن من فسخ ذلك الدين وهو ظاهر الرواية
وعن بعض مشايخنا هما سواء لانه يتمكن من اسقاط تعجيز نفسه فيسقط الدين عنه لان المولى لا يستوجب عليهم دينا
وفي ظاهر الرواية ان بدل الكتابة صلة من وجه بخلاف سائر الديون **باب**

كتاب القاضي الى القاضي

هذا الباب من احكام القضاء غير انه لا تحقق في الوجود الا بتاخرين فهو
كالمركب بالنسبة الى فعل المخبرين والعمل بكتاب القاضي الى القاضي على خلاف القياس لانه تزيد على لسان نفسه
والقاضي لو اخبر قاضي البلد الاخرى بانه ثبت عنده بينة شاهدين فلان الكاتب في بلد القاضي الاخر لم يجز العمل به
لان اخبار القاضي لا يثبت حجة في غير محل ولايته فكانه اولى ان لا يعمل به لكنه جاز باجماع الصحابة والناس عليه
الناس الى الان فان الانسان قد يتعذر عليه ان يجيء بين شهوده والمدعى عليه بان كانا في بلدين فجوزنا عامة لاصال
الحقوق لمستحقيها ومدار القياس به بما بين من شبهة التزوير فان الخط والختم قلما يشبه الخط والختم فليس بذاك لان هذه الشبهة
منتفية بانتشار الامر ان المشهود عليه بينة ما في القاضي المرسل وان ختمه وقيل اصله ما روي الضحاك بن سفيان انه عليه
السلام كتب ان ورث امرأة اشيم الضبابي من دية زوجها رواه ابو داود والترمذي واجمع الفقهاء عليه والا لبطل
مسار الخلافة الى الكتاب القاضي ان الشاهدين على الكتاب يجوز ان يشهدا على ان الامر كذا وان الاصول مردودون عند القاضي الذي
الى تقليد الاصول وقد يتعذر ذلك لبعد البلاد وبالكتاب يستغني عن ذلك لانه يكتب بعد الة الذين شهدوا عنده **قوله**
ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق اي التي تثبت مع الشبهات كالحدود والقصاص اذا شهد به اي بالكتاب عند
القاضي المكتوب اليه عدلان بان فلانا هو فلان بن فلان الذي شهد عندك بكذا وقد ختم حاضر حكم
بالشهادة بعد بالختم الحاضر من كان وكلا من جهة المدعي عليه او مختارا هو من نصبه القاضي وكيلا عن الغائب ليسمع
الدعوى عليه والا فالواجد بالختم المدعي عليه نفسه وكيله لم يبق حاجة الى الكتاب الا القاضي الاخر الختم حاضر
عند هذا القاضي فحكم عليه واذا حكم كتب بحكمه الى قاضي البلد الذي فيه الموكل لينفذ منه الحق وهذا الكتاب لا يتضمن
الحكم هو المدعو سجلا في عرفهم وان شهد والمدعى حاضر لم يحكم به لانه حينئذ قضاء على غائب وانما يكتب بالشهادة

نفقة الاعسار وان القول للزوج والبينة له **قوله** ويكتب اذا طلق فلم يبد وزعم انه معسر فانا لا نحبسه الى ان نعلم
ولكن نستعي العدل فان شهدوا بعسرته كان القول قوله لان المستفاد الحلفان ترجحت
القولين الاخرين يعني قول القائل الاول الذي عليه في جميع ذلك القول الثاني لان على الاقل ما يدل عليه قال المتأخرون ما
الاول فلانه جعل القول قول الزوج والمتأخرون ما كان الصحيح المذكور اولا كان القول للمرأة والزيلعي الساكت
في عري البيان واما تاييد ما الثاني فلانه لم يكن بد لحكمه ويدل للعقيق ما لاجعل القول قول من عليه
نعلم بهذا ان الصحيح هو القولان الاخيران كذا في النهاية ومنهم من استروح في الاول فقال اما تاييد ما
لقول من قال القول له في جميع ذلك فظاهر وذكر في الثاني ما ذكر في النهاية ولا يخفى انهما يبطلان القول
المفصل في الكتاب بين كون الدين ما نزما بمال او بعقد او شبهة وهو الفعل الحسن الموضوع سببا لعيي
العتق فيوبيان القول للمديون فاما بدل القول بان ما بدله ليس بمال يكون القول فيه للطالب
وان التزمه بعقد شرعي الثانية باعتبار ما فيها من حز وكل من القولين بمطابقة كل منهما
يرد عليه السؤال والاقل ما نزما من كون القول للمطلوب فيما اذا التزم بعقد والبدل ليس بمال
كون القول له في جميع الصور كما في النهاية وغيرها من قوله بعد توجيه التاييد فكان
الصحيح هما القولين فساهل ظاهر وكيف يمكن ان يجمع بينهما في الصحة وهما متباينان فان كون القول
للمطلوب في الكل اذا كان هو الصحيح لا يكون المفصل بين كون بدل الدين ما لا فالقول للمدعي او غير
مال فالقول للمطلوب صحيحا فالذي لا شبهة فيه انما يبطلان القول المذكور في الكتاب ليس غير واجب
عن ابطال المذكور بان دين النفقة وضمان العتق ليس بدين مطلق بل موصلة واجبة ولذا سقطت
النفقة بالموت بالانفاق وكذا ضمان الاعتاق عند ابي حنيفة وهذا معنى قوله والترجيح على ما قال
في الكتاب الى اخره لم يرد انتقضا فيرجع قول الكتاب المفصل على قوته وقوته ظاهرة اذا كان القول قول
المدعي ان له مالا وبينة ذلك بالبينة يحبس المديون شهرين او ثلاثة ثم يسأل عنه فان ظهر ظلمه والمماطلة
ثم انما يحبس مدة ليظهر ماله فهو دي ما عليه فالابد ان تمتد المدة لتفيد هذين المعنيين فقدرناه بما ذكره وهو
شهرين او ثلاثة وهو رواية محمد عن ابي حنيفة في كتاب الحوالة والكفالة ويروى عنه دون ذلك من التقدير
بشهر وهو اختيار الطحاوي لان ما زاد على الشهر وحكم الاجل وما دون الشهر وحكم العاجل فصار اداني
الاجل شهرا والاقصى لا غاية له فتقدر بشهر وروي اداء اربعة اشهر الى ستة اشهر وهو رواية الحسن ما بين
اربعة اشهر الى ستة اشهر عن ابي حنيفة **قوله** والصحيح الى اخر ذكره هشام عن محمد بخ وكذا الصدر
الشهيد فالتقدير بهذا غير معتبر بل هو مفوض الى راي القاضي اذا المقصود بالحبس ان يصير قابلا
فيقضيه ان كان له مال وهذا يختلف باختلاف الناس ان غلب على ظن القاضي بعد مدة انه لو كان له
مال فرج عن نفسه فيسأل عنه جيرانه واهل الخبرة فان شهدوا عنده شاهدان انه قادر على قضاء الدين اقله
حبسه وان قالوا انه ضيق الحال اطلقه ولو راى ان يسأل قبل انقضاء مدة الحبس كان له ذلك واما السؤال
قبل الحبس وقبول بينة الاعسار فيه اختلاف الرواية عن محمد في رواية تقبل قبل الحبس وبه افتى محمد بن الفضل
واسماعيل بن حماد بن ابي حنيفة وهو قول الشافعي واحمد ولا كذلك عندنا لا تقبل قبل الحبس وهو قول
مالك وهو الاصح فان بينة الاعسار بينة على النفي فلا تقبل حتى تتاييد بمؤيد وبعد مضي المدة
تاييد اذ الظاهر انه لو كان له مال لم يحتمل ضيق الحبس ومرارته واعلم ان سؤال القاضي بعد المدة
للاحتياط والا فبعد مضي المدة التي يغلب ظن القاضي انه لو كان له مال دفعه وجب اطلاقه ان لم المدعي
بينة بذلك من غير حاجة الى سؤال والبه يشير قوله فان لم يكشف مال خلى سبيله ولو طلب المدعي
يمين المدعى انه ما يعلم انه معسر حلف فان نكل اطلقه ولو قبل الحبس ولو حلف اعيد حبسه وعن ابي يوسف ان
ما لم تقم بينة على عسرته قاله ابو القاسم في كفيته شأن الاعسار ان يقول اشهدوا انه مفلس لا يعلم
له مال سوى كسوة التي عليه وثياب ليله وقد اختبرنا امره سرا وعلانية بخلاف ما اذا مضت المدة

باب التحكيم

قوله

قوله

قوله

يرده ويقضي بما هو الحق وهو كونه على العاقلة لانه مخالف لرأيه ولنصه وهو حديث حمل على ان ماله اذا ثبت
القتل اي قتل الخطأ باقراره فحينئذ يجوز قضاؤه بالدية جميعها على الفاعل لان العواقل لا يحمل القتل الثابت بالاقرار
كما لا يحمل العمد والصلح على الدية لان اقراره لا ينفذ في حقهم اذ لا ولاية له عليهم فاقتصر على نفسه فوجبت الدية في ماله
وعلى هذا التفصيل ارش الجراحات ان كانت بحيث لا يحتملها العاقلة بل تجب في مال الجاني بان كانت دون ارش
الموضحة وهو خمسمائة درهم وثبت ذلك بالاقرار والنكول او كان عمد او ان بلغ خمسمائة فقضي الحكم على الجاني جاز
لانه لا يخالف الشرع وان كانت بحيث تحملها العاقلة لا يجوز قضاؤه اصلا لانه ان قضي على الجاني خالف الشرع او على العاقلة
لا يجوز لانهم لم يحملوه **قوله** ولو اخبر يعني الحكم لو قال لاحدهما اقررت عندي او قامت عندي بينة عليك بكذا فعدلوا
عندي وقد الزمتك ذلك وحكمت بكذا فانكر المقضي عليه ان يكون اقر او قامت البينة لم يلتفت الى قوله ومضي القضاء عليه
ما دام المجلس باقيا لان الحكم ما دام تحكيمهما قايما كما للقاضي المقلد ولو قال المقلد ذلك لا يلتفت الى انكار المقضي عليه فكذا
الحكم الا ان يخرجه المخاطب عن الحكم ويعزله قبل ان يقول حكمت عليك ثم قال الحكم ذلك او قاله بعد ان قام
من المجلس لانه بالقيام من المجلس يتعزل كما يتعزل احدهما قبل الحكم بصار كالقاضي اذا قال بعد العزل قضيت
كذا لا يصدق كذا هذا **قوله** وحكم الحاكم سواء كان قاضيا او محكما لابويه وولديه وزوجته وكل من لا تقبل
شهادته له باطل لمكان التهمة بخلاف ما اذا حكم عليهم يجوز لانتفائها **قوله** ولو حكما رجلين لا بد من اجتماعهما لان
الحكم امر يحتاج فيه الى الراي وانما رضي الخصمان برايهما فلا ينفرد احدهما لا يصدق الحكمان في اخبارهما عن الحكم
اذ اقاما لما ذكرنا من انفرادهما فانما تحققا بسبب الرعايا فلا تقبل بشهادة احدهما على فعل باشره حتى يشهده عليه ذلك
غيرهما ولو شهد عنه الحكمين شاهدان ثم مات الشاهدان او غابا فسأل المدعي عرف ان احد المحكمين لا ينفرد
فلو حلف عبد او حرم مجوز ولو حكم مسلم ومرتد رجلا فحكم بينهما ثم قتل المرتد او لحق بدار الحرب لم يجز حكمه عليهما ولو امر
الامام رجلا ان يحكم بين اثنين وهو ممن يجوز ان يحكم وبصير كالقاضي ولو امر القاضي رجلا لم يجز الا باذن
الامام الا ان يجيزه بعد الحكم او ينزاضى به الرجلان بعد الحكم ولو حكما رجلا فاخبره القاضي من الحكومة بحكم
بعله بلغهما فاجازه جاز وليس للحكم ان يفوض الى غيره ولو فوض وحكم الثاني بلا رضاهما فاجاز القاضي لم يجز الا ان يجدد له
بعد الحكم وقيل ينبغي ان يكون كالوكيل الاول اذا اجاز فعل الوكيل الثاني ولو حكما واحدا فحكم لاحدهما ثم حكما اخر بخلافه حكم الاول
ان كان جايزا عنده وان كان جوز البطلانه وكتاب الحكم الى القاضي وقلبه لا يجوز فان اتى به قاض قرئ به الخصمان جميعا
بقتضي الكتاب **مسايل منثورة** من كتاب القضا **قوله** واذا كان علو لرجل وسفل لاخر فليس لصاحب السفل
ان يتد فيه وتدا ولا يثقب فيه كوة عند ابي حنيفة رضي الله عنه اي بغير رضي صاحب العلو وكذا ليس له ان يدخل فيه
جذعا والاتفاق على ان ليس له ان يضع عليه ما ينبطل حق صاحب العلو في مكان العلو فلا يصنع بالارض
بالعلو وعلى هذا الخلاف اذا اراد صاحب العلو ان يبني على علوه او يضع عليه جذعا او يشرع كنيفا والكوة تبع لكان
وتد وتل بيده من حضره حيل ما حكي عنهما تفسير لقول ابي حنيفة لانه انما يمنع ما فيه ضرر ظاهر ما لا ضرر فيه فلا فان
بينهم وقيل لا خلاف بينهما وهو في محل وقوع الشاه ثما لا شاة في على حضره كوضع صار صغيرا ووسط يجوز انتفاعا وما فيه
ضرر ظاهر كفتح الباب ينبغي ان يمنع انتفاعا وما يشك في التضرر به كدق الوتد في الجدار او السرقين فيحتمل هما لا يمنع لان
الاصل هو الاباحة لانه تصرف في ملكه والحظر بعارض الضرر فاذا اشكل لم يجز المنع لان اليقين لا يزال بالشك
كالو باع نصيبه من العبد المشترك يجوز ولو كاتب نصيبه لا يجوز وللشريك حق نقضه وعنده الاصل الحظر لانه
تصرف في ملكه محل يتعلق به حق محترم للغير ولهذا يمنع من هدمه انتفاعا وتعلق حق الغير بملكه يمنع تصرف به
كالمرهون والمستاجر تعلق به حق المرتهن يمنع الراهن من التصرف فيه وذكر شيخ الاسلام عن بعضهم ان على قول ابي
حنيفة صاحب العلو لا يملك التصرف فيه وان لم يضر بالسفل وهو واه وقال شيخ الاسلام ايضا انما اشكل
صاحب تضرر صاحب العلو هل يضر بالسفل او لا يملكه بالانتفاع وقال الصدر الشهيد الحسام
انه اذا اشكل لا يملك واذا لم يضر يملك وذكر قاضي خان لو حفر صاحب السفل في ساحته بيرا وما اشبه ذلك
عند ابي حنيفة له ذلك وان تضرر به صاحب العلو وعندهما الحكم محلول لدلالة العرف وعلمت ان ليس

لصاحب

لصاحب السفل هدمه فلو هدمه يجبر على بنايه لانه تعدى على صاحب العلو وهو قرار العلو كالراهن اذا تعدى
المرهون والمولى اذا قتل المدبر وهذا اصل كلي كل من يجبر على ان يفعل مع شريكه كما اذا فعل احدهما بغير امر شريكه
فهو متطوع لانه لا طريق وهو المحالية بالشركة في الفعل كما مر بينهما امتنع عن كريه وكري الاخر وسقيه
يحقوق العلو ان بين او ادار او حمام او طاحونة فاصلحه احدهما عن كريه او عمله مشترك حتى نقط فاصل هما فهو متطوع
لان الاجر بجبر وان كان لا يجبر له لكن متطوعا كعلو لرجل وسفل لاخر سقط السفل فبناه الاخر لا يكون متطوعا
لانه لا يجبر صاحب السفل على بنايه وكان في بنا صاحبه محظورا لوصل الى حقه واذا بناه وبقي عليه علوه له منع
صاحب السفل من الانتفاع به والسكني حتى يؤدي قيمته واختلفوا ان القيمة تعتبر وقت البنا او وقت الوجوع
والصحيح وقت البنا وانما قلنا في الدار والبيت والطاحونة والحمام ما ذكرنا اذ لو كان ممكن قسمه الساحة فبناي
في نصيبه وفي الخلاصة في الفصل الثاني ان لا يحفر في الحايط وعمارته قال وذكر الحصاف انه يرجع بالنفقة وهذا عندي في غاية
الحسن اذا كان بقضاء وجب ان لا يضمن لو عدنا السفل على قدم ما كان عليه ذلك الفعل واما اذا كانت الساحة صغيرة لا يمكن بناء ذلك
فيها بعد القسمة فانه اذا بنى لا يكون متطوعا وكذا اذا انهدم بعضه لانه لا يمكن الانتفاع بنصيبه الا ببنايه فلا يكون متطوعا
وفي فتاوى النسفي دار لحارس سطح احدهما اعلى وسبيل بنا العليا على الاخرى فاراد صاحب السفلى ان يرفع سطحه او يبني عليه
له ذلك وليس للجار منعه ولكن يطالبه بتسبيل مايه الى طرف الميزاب وان انهدم السفل او هدمه المالك ليس للاخر ان يكلفه
العمارة لاجل اساله الماء لكن يبني هو ويضع صاحبه من الانتفاع انتهى فعرف بين حق التعلي وبين حق التسبيل حيث لو هدم في الاول
يجبر على البنا ولو هدم في الثاني لا يجبر وفي الخايط بين اثنين لو كان لاحدهما عليه خشب فبنى احدهما الثاني ان منع الاخر من
وضع الخشب على الخايط حتى يعطيه نصف قيمة البنا مبنيا وفي الاقضية حايط مشترك اراد احدهما نقضه وابى الشريك
ان كان بحال لا يخاف سقوطه لا يجبر وان كان بحال يخاف عن الامام ابي بكر وابي القضل يجبر وان هدمه واراد احدهما
بنيه وابى الاخر ان كان اس الحايط عربيا بكنه ان يبني حايطا في نصيبه بعد القسمة لا يجبر الشريك وان كان لا يمكن يجبر كذا
عن الامام ابي محمد بن الفضل وعليه الفتوى وقد بر الجبر انه ان لم يوافقه الشريك انفق على العمارة ورجع على بنصف ما انفق
وفي شهادات فتاوى الفضلي لو هدمه واحد امتنع احدهما يجبر ولو الخلاف لا يجبر ولكن يمنع من الانتفاع به حتى يستوفي نصف
ما انفق فيه ان فعل ذلك بقضاء القاضي وان كان بلا قضاء فنصف قيمة البنا انتهى فلو حمل ما تقدم من ركوب الوجوع بقيمة
البنا على ما اذا كان بلا قضاء وقول الحصاف مع قول ابن الفضل ما انفق على ما اذا كان بقضاء ارتفع الخلاف الظاهري فليكن
هو المحمل وهذا لانه لما كان يضطر في البنا كان له تضمين ما صرف لذلك غير انه ليس مضطرا في ترك مراجعة من له الولاية على الشريك
وهو القاضي فيرجع الى القيمة ولو كان الحايط صحيحا فهدمه احدهما باذن الشريك لانه في حكم الهادم على البنا اراده الاخر
كما لو هدمه وان هدمه بغير اذن الشريك ان لم يكن للتراب قيمة ولا يزداد قيمة الارض بنا الحايط ممن قيمة نصيب شريكه
من الحايط بالغة ما بلغت وان كان للتراب قيمة يرفع قيمة التراب من نصيب شريكه الا اذا اختار ان يترك التراب عليه ويضمن قيمة
نصيبه فحينئذ لا يرفع منه قدر قيمة نصيبه من التراب وان كانت الارض تزداد قيمة بنا الحايط يقوم الحايط بارضه وبنايه
ثم يرفع عنه قدر الارض بلا بنا فيقضي بنصيب الشريك فما بقي من بنايه وفي دعوى التوازل ان كان نصيبه قدر ما يأبى
فهو متطوع وان كان لا يصيبه قدر ما يأبى يرجع على شريكه بنصف ما انفق وفي كتاب الخصاف رجل اراد ان يهدم داره
ولاهل السكة ضرر لانه تخرب السكة لخصاء انه يمنع فلو هدم مع هذا او انا يمنع الجيران ان كان نادرا على الباب تجيد على الباب
قيل الصحيح انه لا يجبر وفي كتاب الغصب من الخلاصة رجل هدم داره فانهدم دار جاره لا يضمن **قوله** واذا كانت
زاويته مستطيلة يشبه منها زاوية اخرى مستطيلة وهي في غير ناحية يعني المتشعبة فليس لصاحب احد منزلي الزاويه
الاولى اذا كان له حد ار في الزاوية المتشعبة وهذه صورتها
ان يفتح في حداره ذلك
بابا يخرج منه الى الزاوية المتشعبة والذي يمكنه ان يفتح بابا
هو صاحب الدار التي في ركن الزاوية الثانية وانما قلنا ليس له ذلك لان لصاحب الدار
الاولى في المرور في الزاوية القصوى ما لهما على الخصوص ولذا لو باعت دار
الاولى شفعة فيها بخلاف اهل القصوى فان لاحدهم ان يفتح بابا الى الاولى لانه لا حق المرور فيها وبخلاف ما لو انهدمت دار
في الزاوية القصوى لم يكن لاهل

العطف مصيرها كواحد لان في كل الثاني متصل بالجمل ... بالبعض ... الى ... لم يعلم بني ... صحة الوكالة ... وهو ... بان القرض من كتابه اثبات رضى الدين عن عبد الله ... النوكيل بالخصومة ... الا اذا وقع ... بوكيل ... لجميل يجوز لكن في كتب المذهب الاربعة ان عند ابي ليلى يجوز التوكيل بالخصومة بعد ... الخصم

فصل

في القضاء بالمواريث واذا مات نصراني بجات امرأته مسلمة وقالت اسلمت بعد موته فانها تحلف وتستحق في ميراثه وقالت الورثة بل اسلمت قبل موته فلا ميراث لك فالقول قول الورثة وكان الاولى ان يقال بدل قوله القول قول الورثة لانضدن الا بينة لان العادة ممن كان القول له ان يكون مع يمينه ولا يحلف عليها الا اذا ادعت انهم يعلمون كفرها بعد موته فلها ان تحلفهم على العلم وقالوا زفر القول لها لان الاسلام حادث فالظاهر اضافته الى اقرب الاوقات ولنا ان سبب المحرمات من الميراث ثابت في الحال ثبوتا فيما مضى تحكيما للحال كما في جريان ما الطاحونة وهذا ظاهر هو استصحاب الماضي للحال تعتبره للدفع وما ذكره الخصم هو عكس ذلك لان الاستصحاب كذلك والمراد بجريان ما الطاحونة ما اذا اختلف مالكها مع المستاجر اذا طالبه بمدة فقال كان المال منقطعا كل جريانه في الحال فاذا كان منقطعا في الحال فيعطف على الماضي لدفع استحقاق اجرة الماضي فكذا هذا والتعبير بالاستصحاب افضل من التعبير بالظاهر فان ما يثبت به الاستحقاق كثيرا ما يكون ظاهرا كالاخبار الآحاد قد تثبت ما يوجب استحقاقا ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية بجات مسلمة بعد موته وقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثة اسلمت بعد موته فالقول لهم ايضا ولا يحكم الحال هنا لان الاستصحاب للاستحقاق وهي محتاجة اليه اما الورثة فهم الدافعون والاستصحاب يكفي لهم في ذلك وهو استصحاب ما في الماضي من كفرها فاق الى ما بعد موته فالمسئلتان مبنيتان على اصل واحد وهو ان الاستصحاب اعتبر فيهما للدفع لا للاستحقاق فان قيل اعتبار الحال في ما مات ... الطاحونة يشاهد الماضي عمل باثبات الاستحقاق بالاستصحاب فان به يستحق مالكها اجر الماضي اذا كان جاريا اجيب بان هناك اتفاقا على وجود سبب الوجوب وهو القدر وللكن اختلفوا في التاكيد والظاهر يصلح حجة للتاكيد وفي مسئلة الميراث نفس السبب مختلف فيه وهو الزوجية مع اتفاق الزوجين في الدين عند الموت واستشكل بما ذكر محمد في الاصل اذا مات وترك ابنين فقال احدهما مات ابي مسلما وقد كنت مسلما حال حياته وقال الاخر صدقت وانا ايضا اسلمت حال حيوته وكذبه الابن المتفق على اسلامه وقال بل اسلمت بعد موته فالقول للابن المتفق على اسلامه ولم يجعل الحال حكما على اسلامه وقالت بل اسلمت فيما مضى مع قيام السبب في الحال وهو النبوة اجيب بانه انما يصار الى ما ذكر من الطريق اذا اختلفا في تمام الماضي في ثبوت ما هو ثابت للحال واما اذا اختلفا في مقدار منه فلا يضاف الى تحكيم الحال وان كان السبب قائما حتى ان في مسئلة الطاحونة اذا اتفقا على الانقطاع في بعض مدة الاجارة بان قال المستاجر كان الماء منقطعا شهرين وقال الاخر شهرا فالقول للمستاجر مع يمينه منقطعا كان الماء او جاريا في الحال لانهما اختلفا في جريان مقدار وهو غير ثابت للحال وفي مسئلة الابنين ومسئلة الكتاب الاختلاف واقع في مقدار مدة الاسلام لا في نفس الاسلام انه كان اولم يكن والثابت في الحال نفس الاسلام لا مقدار مدته فهذا هو الماخذ في المسئلة وقد كبر الامام الزيلعي رحمه الله هنا وقال ايضا

شيخة

ان ج

يكون من ... في الحال ومن الحال الماضي ولكنه اعتبره للاستحقاق وليس ... الاستصحاب

بينة على الناس من تعوله في الامانة واذا لم يرجع المشتري على البائع من تعوله يرجع بالثمن على الغرماء لان البيع وان فسخ لعلم مرجع الدين عليهم وصار كما اذا كان العاقد محجورا عليه عبدا او صبيا يخلي البيع وكيله رجل يبيع ماله جاز العقد ولم يتمكن المشتري بعد ذلك من حبس المبيع لاجل الثمن لانه لا حق له في المبيع بعد ما سلمه بل هو كالمتعدي بحبسه فيضمن قيمته يوم حبسه لا يوم العقد لان الضمان يعتبر يوم التعدي وهو يوم الحبس كما في الغصب وقال الشافعي رحمه الله يرجع بعين ماله ان وجدها لان العقد انفسخ بالرد فصار كما لو لم يكن بيع قط ولنا ان الفسخ تعذر رعاية لحق الغرماء لتعلق حقهم بالعين فيسقط حق البائع كما في الرهن والمرتد بخلاف ما لو كان العاقد صبيا او عبدا محجورا عليه لان الفسخ لم يتعذر لان حق الغرماء لم يتعلق بالعين لعدم رضاهم بالبيع وهذا لان الفسخ لحق الشرع لان الشرع انما شرع الحجر لحق الغرماء فيثبت على وجه يندفع به الضرر عنهم ولا ضرر في الفسخ لان الثمن في ذمة المشتري وهو ملي فيؤدي من غير تأخير وهذا لان الفسخ لحق الشرع يتقدر بقدر ما يندفع به الضرر

المساكين صدقة فهو على ما يسمه الرجل فيلزم التصدق بجميع ما يملكه من النقدين والسوائم واموال التجارة وعبيد قوته فاذا اصاب شيئا تصدق بقدرها امسكه واذا وجب التصدق بكله فلا فرق بين ان يبلغ ما عنده نصابا او لا لان المعتبر حينئذ ما فيه الزكوة دون قدره ولذا قلنا لو اتخذ ثيابا للتجمل وعليه دين يحيط بكل ماله لزمه ان يتصدق بها وفقره بدينه لزمه ان يتصدق بما يكسبه بعد ان يوفي ولو اوصى بثلث ماله فهو على كل ماله والقياس ان يلزمه التصدق بكل ماله لانه في معنى الصدقة وبه قاله زفر البتي والنخعي والشافعي لعموم اسم المال في الوصية وقال صلى الله عليه وسلم من نذر ان يطيع الله فليطعه وقال الله احد تصدق بثلث ماله لقوله صلى الله عليه وسلم لابي لبابة حين قال ان من توبتي ان انخلع من مالي يجزيك الثلث وجه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله فينصرف الى ما اوجب الشرع فيه الصدقة وما اوجب فيه التصدق ذكر بلفظ الفرض وعلق الايجاب ببعضه تعالى خذ من اموالهم صدقة ولم يعم كل ماله وهذا يدل على ان مقتضى اللفظ انما يتصدق بالاخذ من كل ماله وذكرنا في الاصول انما يؤخذ من جنس الاموال ويتصدق انه اخذ من اموالهم حقيقة وانما ذاك حوله الشافعي والاحسن ان جملة العموم مخالفة للشرع اذ منع منه في قوله تعالى فلا تبسطها كل البسط فوجب تقييد بعضها بعضها بعينه كذلك البعض بتعيين الله تعالى اياها بايجاب التصدق منها واما قوله عليه السلام من نذر ان يطيع الله فليطعه لا نسلم فيه ان انواع ما ذكرنا من اجناس المال طاعة واما يلزم لو تعبد بجميع ما تلفظ وهو ممتنع بل يلزم المعصية وحديث ابي لبابة ليس فيه تصريح فانه نذر ذلك فهو على انه نوى ذلك وقصد واما الوصية فجرينا فيها على خلاف ذلك ايضا فقلنا لو اوصى بجميع ماله وله ورثة لا يفذ الا في ثلثه الا ان يجيز الورثة فيقتصر على الثلث المشروع له فيه مع وجود الورثة واما ان في الكل اذا لم يكن له ورثة فلانا انما اوجب ذلك في حاله استغنائه بالموت فانتفى المانع الشرعي وهذا لان النبي كان في حالة الحياة الى قيام حاجته التاجزة في الحياة وعدم البدل وانما يتقسم المال بما في قوله صلى الله عليه وسلم ابدا بنفسك ثم بمن تعول فيوجب الى مئونة نفسه وحوائجها وهو قد يكون سببا لمعصية وهذا للغني منتف بعد الموت وقوله للمتصدق وارثه الصدقة الى اخر يجعل تقريرا ابدا المخصص بين ان العموم وان كان ثابتا لا كن حكما معنى يخصصه وهو ان الظاهر من ارساله لفظ عام بالخروج عن كل ماله مع قيام حاجته المستمرة لنفسه وعياله عدم كونه على وجه يدخل الضرر عليه وعليهم فكان ظاهرا في ارادة الخصوص وما ذكرنا من لزوم المعصية بتقدير اعتبار عمومه هو ايضا من ادلة التخصيص وهذا من افراد ذلك الحقيقة بدالوجه تدخل الارض العشرية فيجب التصدق بما عند ابي يوسف ثم ان وجه الصدقة غالبة في العشر وقد ذكر ذلك عن ابي حنيفة وعند محمد ان جهة المؤونة غالبة عنده ولا تدخل الخراجية انتفاء الحق المحض للخراج مؤونة وكذا يجب في ارض الصبي والوقف ولو كان قال لما المال صدقة قيل يجب الكل حكاه ابو يوسف في الامالي عن ابي حنيفة وعن محمد والبه ذهب محمد بن ابراهيم الميداني لان لفظ الملك اعم من لفظ المال لان للملك بنا وله غير المال ايضا فيقال لملك النكاح والقصاص كما يقال لملك المال ثم وجد للفقيد طلاق المال بمال الزكاة في الفرع المذكور بلفظ المال وهو احد اصحاب الشرع فانه اراد فيما هو لفظ المال كقوله تعالى خذ من اموالهم صدقة فوجب العمل به ولم يوجد فيما هو لفظ الملك فبقي على اطلاقه فيتصرف الى كل ما يتحرز التصدق به سواء كان ماله زكاة او غيرها قال المصنف والصحيح انهما سواء لان الملك بالتنظير الفاضل عن الحاجة وهذا يوجد ذلك بعضهم الى التخصيص بذلك المعنى بتأمل وكان مقتضى ما ذكر في التنظير ان يجيء مثله في قوله للعلي ان لعبدي جميع مالي او جميع ملكي الان في شرح الطحاوي ذكر انه لو قال هذا او حلف به فقال ان فعلت كذا فلله علي ان اعتق جميع مالي يدخل فيه جميع ما يملك وقت اليمين ووقت النذر فيجب ان يجيء ذلك كله الا قدر قوته ان استغنى واجر اعتق مثله انتهى ثم الاشكال في فصل اليمين لان عند اليمين لم ينفصل عن المذكور بالنذر لم يكرهه على تقديرها فتفتح باب ايراد العموم والا ان هذا على جعل المخصص المعين الذي عينه المصنف ولنا على جعله لزوم المعصية كلا فيجب ان يخصها فكان موجبا لم يس عليه وحوله على ما من حيث وجه الاستحسان هذا ثم الذي له مال لا يدخل تحت الايجاب يعني ماله الزكوي على بعد ذلك بمسكه منه قوته وبتصدق بما سواه واذا استفاد شيئا تصدق بقدرها مسكه ولم يقدر محمد مقدارا في اصله المبسوط لاختلاف احوال الناس من قلة العيال وكثرهم والرخاء والغلاء فيختلف الاعتبار وقيل المعتبر يمسك لقوت يكتب يوما فيوما وصاحب الغلة وهو من له حوانيت او دور ونحوها يمسك شهر الان يتحصل الى نفقته بعد شهر وصاحب الضياع لسنة لان غلتها كذلك واما في عرف ديارنا فبعضهم كذلك وبعضهم يجز بدارهم على ثلثة اقساط كل اربعة

على الوجد العلاني ويشهد وا توفر الشروط هذا لا يتوقف على كثير الفقه بل وجود النهود يقضاة كانوا او فساقا لذلك كثير مع ان الكلام بين علماء فقوله فجر ما نوى وتكثير الفقهاء مهجورة

فوجد الذي اخرج صدور تا عمدا له ان قضى فاته في عابد رجل اخذ منه المال بالجبر فرض او قطع من يعرض ماله فصب بما يملك انسان و دفعه اليه و قضيت بقطعه في فرعا لقوله فوله القاضي ولم يملك في هذا جزئيا ذلك الرواية عن محمد لان هذا في امر فات فلا بد ان يكون القوله للقاضي والا امتنع الناس من قبول القضاء اذا كان يتوجه عليه بعد العزله خصومات في نفس وامواله واضرر شديد فلا بد من كون القوله له في هذا بخلاف ما قبله لان القتل والقطع بعد لم يقع فكان اعمال دلك الاحتمال مفيدا نعم كون القوله له على الاطلاق مفيدا بما اذا كان المدعي مقرا له بانه فعل ذلك لما قلنا ولان الظاهر انه لا يقضي بالجور ليمين على المعزول لانه جنبت فضله في حاله فضاء في حاله ولو ادعى في حاله قضاء بدلك لا يمين عليه فكذا بعد ولو اقر القاطع المأمور والاخذ للمال بامر القاضي بما امره القاضي ولهوان القطع منه والاخذ بقضاء القاضي وامره بالدفع والقطع لا يضمن ايضا كما كان في حاله اقراره فعله في حاله قضاء محصولها لو كان دفع القاضي المال للاخذ معاينا للمأخوذ منه في حاله قضاء و يصير القطع باقرار المقطوع انه قطعه في حاله قضاء كالمعاين للحاكم الذي رفع اليه المقطوع واعضه فاما لو زعم المقطوع والمأخوذ ماله انه فعله قبل التقليد او بعد والقاضي يقوله بل فعلته في حال قضائي وعزله فالقول قوله ايضا للقاضي لانه اي القاضي اضافه الى الحالة معهودة مانعة للضمان فصار كما اذا اتلف على انسان ثم ادعى انه فعله في حال الرقية والعبد انه ذلك في حال صحة عقلك وماله بل وانا مجنون وكانا مجنونا معهودا فان القوله له وكما لو قال له اقررت لك وانا اذاهب العقل من برسام وهو معلوم انه كان واقتر بقوله هو الصحيح عامة مشايخنا كما في شرح الجامع الصغير ان القول للمدعي ان هذا الفعل حادث فيضاف الى اخر الاوقات وهذا يخص ما اذا كانت الدعوى بعد العزل خاصة وكذا فرضه شمس الائمة فان قال انا اذا زعم المدعي انه فعل ذلك بعد العزله فان القوله لان هذا الفعل حادث الى ان قال ومن ادعى فيه ما ذكرنا سابقا لا يصدق الا بحجة قال في التصحيح نحو ما اذا كانت دعواه انه فعله بعد العزل لكنه ذكر في تعليله ما يعم كون القول للقاضي فانه قال لان الاصل ان للمباشرة مبنى وتحت في الحالة الماضية حكم الحال كملة الطاهرة و في الحال فعله موجب للضمان عليه و بهذا الاستناد يدعي بسقوطه بخلاف الاول ويقتضاه ان فعله وهو قاض الى اخر ما ذكره ولكن المذكور في عامة نسخ شروح الجامع ان القول للقاضي وهو اختيار شمس الائمة والصدر الشهيد انه لا استناد الى الحالة المعهودة المنافية للضمان فالقوله قوله كما لو قال له وكيلك بالبيع بعد العزله بعت وسلمت قبل العزله وقال الوكيل بعده فالقول للوكيل له ان كان المبيع مستهلكا وان كان قائما بعينه لم يصدق لانه اخبر عن امر لا يملكه انشاء فصار مدعيا وكذا الوكيل العبد لو جلم قطعت يدك خطأ وانا عبد وقال المولى له وات قد قال القول للعبد ولا ضمان وكذا اذا قال اخذت مني كل شهر كذا من المال بعد العتق فقال لا بل اخذت قهرا ثم هنا فقد برىء المالك عليه فكان مدعيا وكذا الوصي لو ادعى بعد بلوغ اليتيم انه انفق عليه كذا وهو في يده وادعى اليتيم انه استهلكه فالقول قول الوصي ذكر المجوني واستشكل بما ذكر في باب جناية المملوك فبين اعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك وانت امتي فقالت بل وانا حرة فالقول لها وكذا لو قال لها وكذا قال بما اخذ منها عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد وانه ينكر ما ضمان الى الحالة المعهودة المنافية ولو حلف احدهما لسبب الضمان وهو القطع ثم ادعى ما يبرىء به هاب العقل وكذا القاضي اقر بعد العزل بالاخذ ثم ادعى ما يبرىء ما استناد وكذا الوصي اذا هب بالغرف فان المولى اقر بالمال لغيره وادعى جهة التملك لنفسه فيصدق في الاقرار لا في جهة التملك كما لو قال له اقتضيت منك الف درهم دينا عليك او الهبة التي وهبتها واخوا الاخر كان القول للاخر وكذا لو قال اكلت طعامك بالدنك وحمارك بغير اذني والقول لصاحب الطعام بخلاف القاضي والوكيل والوصي انهم ما ادعوا جهة التملك لانفسهم وكذا في دعوى الطلاق والعتاق ما ادعوا التملك لانفسهم لما هو ملك الغير فكان القول قوله وفي اضافتهم الى الحالة المعهودة المنافية قوله ولو اقر القاطع والاخذ في هذا الفصل وهو فصل

كتاب الشهادات

ومن فروع التسامع في فتاوي النسفي قال رجل لامرأة سمعت ان زوجك مات لها ان تتزوج ان كان المخبر عدلا فان تزوجت ثم اخبرها جماعة انه حي ان صدقت الاول يفسخ النكاح وفي المنتقى لم يشترط تصديقها بل راجع عدالة المخبر فقط وقد علم ان هذا خلاف ما تقدم وقد يفرق ان ذلك في حل اقدامها وعدته وهذا بعد ان تزوجت واستحقها الزوج الثاني ظاهرا والتي بالتي يذكر اذا اخبرها واحد عدل او شهد عندها وليها بان زوجها طلقها او مات عنها ووقع في قلبها صدقة لها ان تعتد وتتزوج وذكر رشيد الدين ايضا فيه انما تجوز الشهادة بالتسامع على الموت اذا كان الرجل معروفا بان كان له اومن العمال اما اذا كان تاجرا ومن هو مثله لا يجوز الا بالمعاينة **قوله** ثم قصر الاستثناء في الكتاب اي استثنا القدوري حيث قال الا في النسب الي اخر الاشيا الخمسة يبقى اعتبار التسامع في الولا والوقف فلا يجوز الشهادة بالتسامع فيهما وعن ابي يوسف يجوز في الولا بالتسامع رجل اليه وكان اولا يقول كقول ابي حنيفة ومحمد انه لا يجوز الا ان يسمعا العتق ثم رجع الى انه يجوز هو له صلى الله عليه وسلم الولاية كلمة النسب وفي النسب يجوز بالتسامع لكذا في الولا الاتري انا نشهد ان فلانا ابن ابي طالب ونافعا مولى ابن عمر وبلالا مولى ابي بكر الصديق ولها انه مبني على العتق والعتق لكونه قولا يتسع وكثيرا ما يقصد الاشهاد عليه لا يثبت بالتسامع فكذا ما ينبني عليه وليس بمحوط بالسماع لكون الشيء مما يشتهر بل للضرورة لما ذكرنا من ان النسب لا يرى اذ لا يرى العاوق وكذا تقليد القضا الا الخواص والموت والباقي فيؤدي الى ما ذكرنا ولا كذلك العتق وكون نافع مولى ابن عمر ونحوه من باب الاخبار الحق ولهذا بنا على ان لا خلاف في العتق انه لا يقبل بالتسامع عليه فض شمس الايمة وذكر الصدر الشهيد عن الحلواني ان الخلاف ثابت في العتق ايضا عند ابي يوسف يجوز بالتسامع خلافا لهما وهو قول مالك واحد وقول للشافعي وشرط الحصاف في الولا على قول ابي يوسف شرط المحيط يذكر محمد في المبسوط فقال انما تقبل اذا كان العتق مشهورا والمعتق ابوان او ثلثة في الاسلام قال المصنف واما الوقف فالصحيح انه تقبل الشهادة بالتسامع عليه في اصله وقال الاقطع في شرحه وقال محمد يجوز وقوله لان اصله هو الذي يشتهر ليس بذلك والوجه في التوجيه انه وان كان قولا مما يقصد الاشهاد عليه والحكم به في الابتدا لكنه في توالي الاعصار تبيد الشهود والاوراق مع اعتنائها وقيمته فتبقى في البقا شايعة ان لم نجز الشهادة به بالتسامع فست الحاجة الى ذلك وقوله فالصحيح الى آخره احتراز عن قول طايفة من المشايخ قالوا في الفصول اختلف المشايخ قال بعضهم لا يجوز بالتسامع وقال بعضهم يجوز على اصل الوقف بالتسامع الاعلى شرايطه والبه مال شمس الايمة السرخسي وهو ما ذكره المصنف وليس معنى اشتراط ان يبين الموقوف عليه بل ان يقول يبدو من غلتها بكذا الكذا او الباقي كذا وكذا وفي الفتاوي الصغري في الفصل الثاني من كتاب الشهادات اذا شهدوا ان هذا وقف على كذا ولم يبينوا الواقف ينبغي ان تقبل ونحن الى اليوم ظهير الدين اذا لم يكن الوقف قديما لابد من ذكر الواقف واذا شهدوا ان هذه الضيعة وقف ولم يذكروا الجهة لا تقبل بل يشترط ان يقولوا وقف على كذا ثم قال وما ذكرنا هنا وفي الاصل صورته ان يشهدوا بالتسامع على انها وقف على المسجد او المقبرة ولم يذكروا انه يبدو غلتها فيصرف الى كذا ثم ما فضل يصرف الى كذا الا يشهد على هذا الوجه بالتسامع وهكذا قال طهير الدين ايضا حتى قال ولو ذكر ذلك في شهادته لا تقبل ذكره في الذخيرة وذكر في المحيط والخصاف ان تقبل على شرايط الوقف ايضا وانت اذا عرفت قولهم في الاوقاف التي انقطع ثبوتها ولم يعرف لها شرايط مصارف امثالها تملكها ما كانت عليه في دواوين القضاة لم تقف عن عين ما في المحيط لانه ذكر لا بمعنى الثبوت بالتسامع **قوله** ومن كان في يده شيء الى اخره صورتها اي عينا سوى ما استثناه في يد انسان ثم ادعاها في يد غيره والاول يدعي عليه الملك وسعه

مالك

فتنبه

القاضي تفاديا من اشاعة الفاحشة والتفاديق راجوع عن الشهادة فانه لا يسمع الا عند القاضي
وقول الشاهد لا شهادة عندي لك او ظني غير ما شهدت به مضت فلا تقبل الشهادة عليه فاما لو كان الرجوع
غير مجرد بل يقتضي اثبات حق للعبد والله سبحانه وتعالى بان يشهد وا ان المدعي استاجرهم واعطاهم كما لي الزور
كما يجيء ان شاء الله تعالى او نفعه اليهم على ان لا يشهد وا على هذا وقد شهد وا وانا اطالبهم بهذا المال
الذي وصل اليهم تقبل خلافا لما نوى صاحبهم على كرا ابي اخر لكن ادفع اليهم المال لا تقبل لانه رجوع مجرد وكذا
اذا شهد وا ان الشاهد عبد او محدود في قذف او شريك المدعي فيما ادعى به من المال او شهد وا
على اقرارهم بانهم لم يحضروا ذلك المجلس الذي كان فيه لعقد هذا الا مداواة على اقرار المدعي انهم فسقة ونحو ذلك
من اقراره بما يبطل شهادتهم كاقرار المدعي انه استاجرهم تقبل في ذلك كله لان منه ما تنتفي حقا للعبد
وواضح ظاهرة وفي ممنع ثبوت الجرح ومنه الشهادة بوفهم فان الوفي حق العبد ومنه ما تنتفي حقا للشرع من
جهة الشهادة بسوء فتهم وشرهم وزناهم او بلرجل كالشهادة بانهم محدودون فانها قامت على اثبات قضاء القاضي
وحقضا القاضي حق الشرع ومنه ما هو مبطل بشهادتهم ولم يتضمن اشاعة فاحشة فتقبل ومنه شهادتهم
انهم شركاء المشهود له اذ ليس فيه اظهار الفاحشة فتقبل فتجبر الشركة كالمعاينة والمراد بالشريك
هنا وفي ما حصل من هذا الباطل يكون له فيه منفعة لا ان يراد انه شريكه في المدعى به والا كان اقرارا
انا المدعي به لهما وكذا كل ما يشهدون به على اقرار المدعي بما ينسبه الى شهودة من فسقهم ونحو ليس
فيه اشاعة منهم بل اخبار عن اخبار المدعي عنهم بذلك فتصح كما لو سمع منه ذلك وذلك منه اعتراف
يبطلان حقه والانسان مواخذ بزعمه في حق نفسه وكذا الاشاعة في شهادتهم انهم محدودون انما
هي منسوبة الى قضاء القاضي او شهادة القذف هذا وقد نص الحصاف في الجرح المجرد انه تقبل به فتقبل في
وجه انه يسقط العدالة فتقبل على الرق وانت سمعت انه قد اول بجماعة قول الحصاف على عدم شهادتهم على
افراد المدعي بذلك او انه كتشاهر زكاة نفسه وجرحه نفسه وقد تقدم في هذا ما يمنعه ثم قد وقع بعد ظهور
عدم القبول ان يشهد وا بانهم فسقة او زناة او شربة خمر وفي صور القبول ان يشهد وا بانه شرب
او زنى لانه ليس جرحا متضمنا ليتضمنه دعوى حق الله تعالى وهو الحد فيحتاج الى جمع وتاويل ومن شهد
ولم يصرح حتى ادهبت بعض شهادتي ابي اخطات النسيان عمدا في زيادة باطلة بان كان شهد بالف فقال انما هي
خمسمائة او ينقض بان شهد بخمسمائة فقال اوهمت انما هي الف حاذف شهادته اذا كان عدلا ان ثابت
العدالة عند القاضي خيار لا فيحتمل عنه قوله ووجهه ان الشاهد قد يبتلى به لمهابة مجلس القضاء او طمع البشر
النسيان وعدالته مع عدم التهمة توجب قبول قوله ذلك خلافا لما اذا عاب ثم رجع فان ذلك لتمكن تهمة
استغوا المدعي في الزيادة والمدعى عليه ان ينقض بالباب فلا تقبل وعلى هذا اذا غلط في بعض الحدود
بان ذكر الشرع في مكان الغربي ونحوه او في بعض النسب بان قال محمد بن علي عمران فتداركه في المجلس
قبل وبعده لا واذا اجازت ولم ترد فيما اذا بقي قبل عميع ما شهد به صار حقا للمدعي على المدعى عليه فلا
يبطل حقه بقولها وهبت ولا بد من قيد بان يكون المدعى به في الزيادة فانه لو شهد له بالف وقال
بل الف وخمسمائة لا يدفع الا الف ادعى الالف وخمسمائة وصورة الزيادة حينئذ على تقدير الدعوى ان
يدعي الفا وخمسمائة فيشهد بالف ثم يقول وهبت انما هو الف وخمسمائة لا تردشهادته ويقضي بالف
وخمسمائة وقيل يقضي بما بقي فقط حتى لو شهد بالف ثم علطت خمسمائة زيادة وانما هو خمسمائة يقضي خمسمائة
اذا غلط وابيه مال شمس الائمة السرخسي فعلى هذا قوله في جواب المسئلة جارت شهادته اي لا ترد لكن لا يقضي
الا كما قلنا سهوا كان وهمه ذلك قبل القضاء او بعده وقيد الحسن عن ابي حنيفة اذا شهد شاهدان
لرجل بشهادة ثم زاد فيها قبل القضاء او بعده وقالا اوهمنا وهما غير مستهمين قبل منهما وظاهر انه هذا
انه يقضي بالكل وعن ابي يوسف في رجل شهد ثم جاء بعد يوم وقال شككت في كذا وكذا ان كان القاضي

يعرفه بالصلاح تقبل شهادته فيما بقي فان لم يعرفه بالصلاح فيمن تهم قبول من محمد اذا شهد في الزور للمدعي
وقضى القاضي بشهادتهم ثم قالوا لا نرى لمن البينة قاضي ان يضمنهم قيمة البينة كما لو قالوا شاهدنا
وان قالوا ليس البينة المدعي ضمنوا قيمة البينة للمشهود عليه فعلى هذا المشهود بالعتق اذا حكم به
شكنا قبل القضاء او بعده يقبل اذا كانوا عدولا خلافا لما اذا لم يكن موضع شهادة وهو ما اذا ادعى
لقطة الشهادة او الاشارة الى المدعى عليه والمدعى اسم اجرها فانه وان جاز بحضرة المجلس يكون قبل
القضاء لانه القضاء لا يتصور بلا شروطه وهو لفظة الشهادة والتسمية ولو قضى لا يكون قضاء
وقف وقفا على مكتب وعلى معلمه فغصب فشهد رجل من اهل القرية انه وقف فلان على مكتب كذا
وليس للشهود اولاد في المكتب قبلت فان كان لهم فيه اولاد لا لانه يجوز ان يكونوا كذلك وكذا لو شهد هل المحلة
للمسجد بشيء وكذا شهادة الفقهاء على وقفية وقف مدرسة كذا وهم من اهلها فقبل وكذا اذا شهد وان
هذا المصحف وقف على هذا المسجد ولو شهد والده او ولده فقيران انه للمشهود اولاد محتاجون في حوار الوجه
قال محمد لا تقبل للابن وتبطل للاب فيبدو في الوقف على فقراء اجيرانه كذا في وقف هلال قال تقبل شهادة الجيران
على الوقف وكذا ذكر الحصاف في اوقافه فيحمل شهد على انه جعلها صدقة موقوفة على فقراء اجيرانه او على فقراء
المسلمين وهم من فقراء الجيران قال يجوز الشهادة لان فقراء الجيران ليسوا قوما مخصوصين الا ترى ان من يطرء
الى فقراء المجاورين لو حم تقتضي الغلة فيمن انتقل منهم من جواره لم يكن له في الغلة الا ترى ان رجلين فقيرين
في ارض الكوفة لو شهدا انه جعل ارضه صدقة موقوفة على فقراء اهل الكوفة ان الشهادة جائزة فان
الوقف ليس لهما باعيانهما خاصة الا ترى ان ولي الوقف لو اعطى الغلة غيرهما من فقراء الكوفة كان
جائزا وكذلك كل شهادة لا تكون جائزة الا تكون جائزة ومن هاهنا مسئلة اهل بغداد واهل البصرة وحد ذلك ان الشهادة
جائزة وذكر قبل هذا ما يسطر ان شهدا انه جعلها صدقة موقوفة على اجيرانه وهما اجيرانه ان شهادتهما
باطلة وكان الفرق بينهما تعينهما في هذه الصورة اذ لا اجيران له سواهما بخلاف تلك الصورة
ولو شهدوا انه اوصى بثلثه للفقراء واهل بيته فقراء لا تقبل ولو شهد بعض اهل القرية على بعض القرية
بزيادة الخراج لا تقبل فان كان خراج كل ارض معينا او اخراج الشاهد تقبل وكذا اهل قرية شهدوا على ضيعة
انها من قريتهم لا تقبل وكذا اهل سكة يشهدون بشيء من مصالح السكة ان كانت السكة غير نافذة لا تقبل في
ان طلب حقا لنفسه او تقبل وان كان لا اخذ شيئا تقبل شهادة وكذا في وقف المدرسة هذا في فتاوى النسفي
وقيل ان كانت السكة نافذة تقبل مطلقا وفي الاجناس في الشهادة على الوصية للفقراء واهل بيت الشاهد
فقراء لا تقبل لهما ولا لغيرهما ولو شهدوا انه اوصى بثلثه للفقراء بني تميم وهما من بني تميم وهما فقيران الشهادة
جائزة ولا يعطيان منه شيئا ومنه ولو شهدوا انه جعل ارضه صدقة لله تعالى على فقراء قرابته وهما
من قرابته وهما غنيان يوم شهدا او فقيران لم تجز شهادتهما ووضع هذه الحصاف فيما اذا شهدا انه
جعلها صدقة موقوفة على اهل بيته وهما من اهل بيته فهي باطلة قال وكذا اذا شهدا على وقفه
اهل بيته ومن بعدهم على المساكين ويوم شهدا هما غنيان قال شهادتهما باطلة لانهما اذا انتقرا
ثبتا الوقف لهما بشهادتهما حتما وكل شهادة تجر نفعا للشاهد او لابويه او لاولاده او لزوجته لا تجوز
والله الموفق

اختلاف في الشهادة خلاف الاصل لان الاصل ان الانسان لا يصل
فيما ينفرد عن جهة ولعزة ذلك والشهادة كذلك لانها تتنوع اما عن رؤية كما في الغصب والقتل او سماع
باقرار وغيره والشاهدان مستويان في ادراك ذلك فيستويان فيما يودي بان فكذا الخرس فيما لم
يذكر فيه خلاف

الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل لان تعذر
الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة لان لا ثبات حقه فلا بد من طلبه وهو الدعوى وقد
وجدت الدعوى فيما يوافقها اي يوافق الشهادة فتقبل فوجد شرط قبولها فتقبل وانعدمت فيما
تخالفها فانها لما لم توافقها صارت الدعوى بمعنى اخر وشرط القبول الدعوى بما به الشهادة والعلم

ان لس المراد من المراقب [illegible] الطابق الون المشهود به اقل من المدعى به خلاف ما اذا كان
اكثر من الاقل مالواد عي [illegible] ان شهد انه اشتراها منكوحته لا زيادة تقبل ويقضي بمهر المثل
ان كان قدر ما سماه او اقل فان [illegible] اذا كانت هي المدعية وسند [illegible] بسبب اقل من المطلق لانه يفيد الاولية على الاحمال والنكاح على اليقين وفي [illegible] ما لواد عي الملك بسبب فشهدوا بالمطلق لا [illegible] هذا هو المشهور وقيد في الفقيه [illegible] اوقال من دجل او زيد غير معروف فشهد وبالمطلق قبلت فهي خلافية ذكر الخلاف في القبول ورشيد الدين وغيرهما اختلفوا فيما اذا تقاضا دينه فشهد احدهما بالاقرار بانه قبضه لا تقبل ولو شهد احدهما بالاقرار به قبلت ولو ادعى شراء دار من دجل فشهد انه اشتراها من وكيله لا تقبل وكذا لو شهدا ان فلانا باع منه وهذا المدعى عليه اجاز البيع ادعى انك قبضت من مالي حلا بلا حق مثلا وذكر سنته وقيمته فشهدوا انه قبض من فلان غير المدعي قبضت وبحر على احضاره لانه قال من مالي ولم يقل قبضت مني فلا يكون ما شهدا به بيانا قضه فيحضر ليشير اليه بالدعوى فاذا حلف الشاهدان وجر شروط القبول في شهادة احدهما فقط وهو ما طابق الدعوى من الشاهدين دعا والواجد لا تقوم به الحجة للقاضي وانما قيد الاشتراط بحقوق العباد احترازا عن حقوق الله سبحانه فان دعوى مدع خاص غير الشاهد ليس شرطا لقبول الشاهد لان حقه تعالى واجب على كل حال لقيام دليل في اثباته دون ذلك الشاهد من جملة من عليه ذلك فكان قائما بالخصومة من جهة الوجوب عليه وشاهد اعليه وشاهدا من جهة تحمل ذلك فلم تجتمع فيها الى ذلك خصم اخر وبعتبر اتفاق الشاهدين في اي اخص اي يشترط الاتفاق بين كل من الشاهدين كما بين الشهادة والدعوى ايضا لوجوب انقضائهم الشرط في تطابق الشهادة فيبين عدا في حنيفة في اللفظ والمعنى والمراد من تطابقهما تطابق لفظهما على اعادة المعنى سواكان بعين ذلك اللفظ بمرادف حتى لو شهد احدهما بالبعة والاخر بالعطية قبلت لا بطريق التمام فلو شهد احدهما مالف والاخر بالفين لم تقبل فلم يثبت شيء عند ابي حنيفة وعندهما تقبل على الالف اذا كان المدعي يدعي الالفين فحاصل ما لو كان يدعي الف فقال لا يقضي بشيء عند ابي حنيفة وعندهما تقبل على الالف اذا كان المدعي اتفاقا لانه كذب شاهد الالفين الا ان وقف فقال كان لي عليه الفان فقضاني الفا فله ان يحلف الشاهد على ذلك فحينئذ يقضي له بالف وعلى هذا لو شهد احدهما بماية والاخر بمايتين وطلقة وطلقتين وثلث لا يقضي بطلاق املا عند ابي حنيفة وعندهما يقضي بالاقل وعلى هذا الخمسة والعشر والخمسة عشر والاربعة والعشرين وهذا في دعوى الدين اما في دعوى العين بان كان في كيس الف درهم فشهد احدهما ان جميع ما في الكيس له وهو الف درهم والاخر ان نصف ما فيه له وهو الف قبلت شهادتهما لان ذكر المقدار في الشاهد ليس بمستغنى عنه ذكر الجازي وبقولهما قال الشافعي واحمد في رواية عن الشافعي واحمد يستحق الزايد بالحلف عليه طعا انهما اتفقا على الالف والطلقة وتفرد احدهما بالزيادة فثبت ما اجتمعا عليه دون ما تفرد به احدهما وصار والالف وخمسمائة حيث اتفقا على انه يقضي بالف كذا وهو انهما اختلفا في لفظ غير مرادف لان الالف لا يعبر به عن الالفين ويلزمه ما قلنا في المعنى فانما هلاكي الالف والالفان جميعا ان عدد بينان متباينان حصل على كل واحد منهما شاهد وصار كما اذا اختلف جنس المال بان شهد احدهما بكر شعير والاخر بكر حنطة او مائة بيض والاخر مائة سود والمدعي يدعي السود لا تقبل على شيء اصلا لان المدعي شاهد البيض الا ان يوقف المدعي فيقول كان لي البيض فابرائه عن صفة الجودة فتقبل حينئذ اما لو كان يدعي البيض وقال مرتبة فانه يقضي بالسود ولم يحكوا خلافا فكذا في الخلاصة وكذا لو ادعى شهد المدعي كرصنطة وقال احدهما جيدة والاخر رديئة والدعوى بالاطلاق

تقبل الاقل ذكر الواد عي [illegible] وفي الجوهر يقضي بالجارية بلا [illegible] وتحتاج [illegible] شاهد بالالف في [illegible] وشهد احدهما بالزيادة فلا تقبل احدهما [illegible] شهد بالالفين
في جزء الالفين قائما ثبت [illegible] فلم يثبت الالف فان قيل يشكل على قول [illegible] بين الشهادة والدعوى وهي شرط وعلى قول الكل ما لو شهد احدهما [illegible] لا يتعنى بينونة اصلا مع [illegible] بينونة وتقدم ان احداث البينونة وحين غير ضار كما لو
شهد احدهما بالبعة والاخر بالعطية تقبل اجيب عن الاول بان الاتفاق بين الدعوى والشهادة واشترط لكن
ليس على وزان اتفاقه بين الشاهدين الاتري انه لو ادعى البعض او القفل فشهد واعلى اقراره به تقبل ولو شهد احدهما
بالبعض والاخر على اقراره به لا تقبل وحينئذ قد حصلت المخالفة بين الدعوى والشهادة فانه طالما كان يدعي الفين
كان مدعيا الفا والف وقد شهد به اثنان صريحا فقبل بخلاف شهادتهما بالالف والفين لم يقض شهد الفين
على الالف لا من حيث هي الفان ولم تثبت الالفان وفي البسوط والاشراف الذي يبطل مذهبهما ما لو شهد شاهد ان
بطلقة بعني قبل الدخول واخران بثلث وفرق القاضي بينهما قبل الدخول ثم رجعوا كان ضمان نصف المهر على شاهدي
الثلث لا على شاهدي الواحد ولو اعتبر ما قالا ان الواحد توجب في الثلث كان الضمان عليهما جميعا ويلزم ما قاله
لها طلقي نفسك ثلثا فطلقت واحدة تقع الواحدة لان التفويض تمكن فقد ملكها الثلاث بالتمليك بالتفويض
اليها فيها والملك يوجد من مملوكه ما شاء كالوكيل الفائق الثلاث للكل العود غير انه لغا ما فوق الثلث شرعا
واما على قول الثاني فيجمع الزادي لان معنى خلية ليس الا باعتبار معنى اللغة وكذا قلنا ان الكنايات عوامل بحقايقها
فيها لفظان متباينان متعينين متباينين غير ان المعنيين المذكورين المتباينين يلزمهما لازم واحد هو وقوع
البينونة والمتباينات قد تشترك في لازم واحد فاختلافهما ثابت في اللفظ والمعنى فلما اختلف المعنى منهما كان
دليل اختلافهما لعلمه فان هذا يقول كما وقعت البينونة الابوصفها خلية والاخر البتة الابوصفها برية
والا فلم تقع البينونة وهذا كله اذا ادعى المالك في ضمن دعوى العقد من البيع ثم
والاجارة فالجواب ما ستعلمه في اخر الباب واعلم ان من المسايل المذكورة في اوقاف الخصاف ما يخالف اصل ابي حنيفة
ذكرها ولم يذكر خلافا بل اشار الى انها اتفاقية فانه ذكر فيما اذا شهد احدهما انه جعلها صدقة موقوفة
ابدا والزيد ثلثها وشهد احدهما لزيد نصفها قال جعل لزيد ثلث غلتها والباقي للساكين
وكذا اذا سمى احدهما ما لزيد من هذه الصدقة والاخر اقل منها حكم لزيد بما اصفا عليه هذا اذا شهد
احدهما انه قال يعطى زيد من هذه الغلة هذا الوقف في كل سنة فانه يتبعه ويسع عياله بالمعروف وقال الاخر
يعطى انفا قال قدر نفقته وعياله في العام فان كانت اكثر من الالف حكمت له بالالف والالف اكثر اعطيته
نفقته والباقي للساكين هذا بيان ادخل الكسوة في النفقة ثم اورد على نفسه فقال قلت فاي فرق بين
هذه الشهادة وقد اختلفتم في لفظهما فقال المعنى فيه ان ما اراد الواقف الى ان لزيد بعض من الغلة فاجعل
له الاقل انتهى فاي راد هذا السوال صوالذي ذكرت انه اشار الى انها اتفاقية فان ابراد ليس الا باعتبار
قول ابي حنيفة فانه لا اشكال فيه فيقولها على قولهما وقد اختلف لفظهما صرح فيه ثم قال هذا استحسان
والقياس ان الشهادة باطلة انتهى وحاصله انا علمنا استحقاق بعض هذا المال وتردد بين اقل
واكثر فيثبت المتيقن [illegible] ادعى بالبيع عينا فشهد احدهما انه اشتراه وبه هذا العيب وشهد الاخر
على اقراره بالبيع لم تقبل كما لو ادعى عينا انه له فشهد احدهما انه ملكه والاخر على اقراره بذي اليد انه ملكه
لا تقبل ومثله دعوى الرهن في الغصب فشهد بعاينة القبض به والاخر على اقراره الرهن فيقبضه لا تقبل
قال ظهير الدين رحمه الله الرهن في هذا كالغصب وكذا الوديعة لو ادعاها فشهد باقرار المدعي دع قبلت

ك

فصل في الشهادة على الارث وجه المناسبة بين تعقيب الشهادة بملك مجدد للحي عن حي ظاهرا هو قوله ومن اقام بينة الى اخره اختلفت علماؤنا رحمهم الله في انه هل يتوقف القضاء بالشهادة على ملك للميت على الجرح والتعديل وهو ان يقول الشهود في شهادتهم مات وتركها ميراثا لهذا المدعي فعند ابي يوسف لا وعند ابي حنيفة ومحمد نعم وجه قول ابي يوسف ما ذكره المصنف بقوله هو يقول ملكه المورث ملك الوارث لانه يصير ملكه خلافة ولهذا يخاصم ويرد بالعيب ويرد عليه ويصير مغرورا اذا كان المورث مغرورا فالشهادة بالملك للمورث شهادة به له فلا حاجة الى ما وراءه يشترط للقضاء به له وقد ظهر بهذا اصل الخلاف وهو شاهد ظهر انه كان ملك الميت بلا زيادة ولو شهدا انها لا بيده لا تقبل ذكرها محمد بلا ذكر خلاف فتقبل عند ابي يوسف وتقبل لا تقبل بالاتفاق وهما يقولان ملك الوارث ملك مجدد في العين حتى وجب على الوارث استبراء الجارية الموروثة وحل للوارث الغزل مما كان تصدق به على المورث الغني ولو زكوه او كفاره فلا بد من ذكرهما الجرح والانتساب عيانا انه لا يشترط ذكر ذلك فضلا مما مضى كما ذكرنا من قولهم مات وتركها ميراثا له او شهدا بالملك للمورث عند الموت او بما يقوم مقامه وهو اليد عند الموت وحدد ملك الوارث عوارض شوعي لما شهدوا به بل لازم لقيامه حال الموت اما عرف هذا فالمسئلة التي ذكرها المصنف رحمه الله اتفاقية وهي قوله ومن اقام بينة على دار انها كانت لابيه عارها او اودعها الذي هي في يديه فانه يأخذها ولا تكلف البينة انه مات وتركها ميراثا له اما على قول ابي يوسف رحمه الله ظاهر واما على قولهما فلان الشهادة على الملك وقت الموت تقوم مقام ذلك وقد وجد الثاني في مسئلة الكتاب لانه اثبت اليد عند الموت حيث شهد انها عارية منه او مودعة عنده الموت لان يد المستعير والمودع والمستأجر كيد المعير والحنوية وقد طولبا بالفرق بين هذا وما اذا شهد المدعي ملك عين في يد رجل بانها كانت ملك المدعي او انه كان ملكها حيث يقضى بها وان شهدا انها ملكه الى الان وكذا لو شهد المدعي عين في يد انسان انه اشتراها من فلان الغايب ولم يقم بينة على ملك البايع وذا اليد ينكر ملك البايع فانه يحتاج الى بينة على ملكه فاذا شهدا بملكه قضي للمشتري به وان لم يشهدا على انها ملكه يوم البيع وهذه اشبه بمسئلتنا فان كلا من الشراء والارث يوجب تجدد الملك والجواب انها اذا لم ينصا على ثبوت ملكه حالة الموت فانما يثبت بالاستصحاب والثابت بهذه لا يصلح الا لاثبات ما لم يكن وهو الحاجة الى اليد في الوارث بخلاف مدعي العين فان الثابت بالاستصحاب بقاء ملكه لا تجدده وبخلاف مسئلة الشراء فان الملك مضاف فيه الى ملك البايع وان كان لا بد لثبوت ملك المشتري من بقايه لان الشراء احدهما وجودا وهو سبب موضوع للملك حتى لا يتحقق لو لم يوجبه فيكون مضافا الى الشراء وهو ثابت بالبينة اما هنا فثبوت ملك الوارث مضافا ليكون المال ملكا للميت وقت الموت لا الى الموت لانه ليس سببا موضوعا للملك بل عند يثبت ان كان له مال فارغ والله سبحانه اعلم هذا ما شهد انها

ان اشهد اثنان ان هذا اوارث فلان لا اعلم ... ولم يذكروا سببا ... الارث وكذا اذا شهد ابنا اخوه او عمه او ... ويسبب الميت والوارث حتى لو شهد ... والولد قيل يشترط ... بانه ابن الميت او بنت ابنه لا بد كذلك وفي الشهادة ... للميت حتى لو شهد انه حد الميت لابويه ووارثه ولم يسموا ابا الميت قبلت وفي الاقتضاب شهدا انه حد الميت وتغريله ذكر جاز اخر وادعى انه اب الميت وبرهن ثانيا في حق بالميراث شهدا انه اخو الميت ووارثه وقضي بذلك شهد هذان لاخوانه ان الميت لا يبطل القضاء الاول لجواز ان يكون للاب ما اخذ الاول من الارث ولو شهد اخوان ان الثاني ابن الميت تقبل وفي الزيادات شهدا ان قاضي بلد كذا قال فلان بن فلان قضي بان هذا وارث فلان الميت لا وارث له غيره فالقاضي يحتاط ويسال المدعي عن نسبه فان لم يبين امضى القضاء الاول لعدم المنازع في الحال فان جا اخر وبين انه وارثه فان كان اقرب لان الاول قضي للثاني وان كان ابعد منه لا يلتفت اليه وان زاحمه بان كان مثلا الاول ابنا والثاني ابا قضي بالميراث بينهما على قدر حقهما لامكان العمل بهما والله الموفق

باب الشهادة على الشهادة

قوله الشهادة على الشهادة جايزة في كل حق يثبت مع الشبهة فخرج ما لا يثبت معها وهو الحدود والقصاص فاما التعزير في الاجناس من نوادر ابن رستم عن محمد يجوز في التعزير العفو والشهادة على الشهادة ونص الفقيه ابو الليث على ان مذهب الشافعي لا يجوز فيه الشهادة على الشهادة وفي فتاوى قاضي خان الشهادة على الشهادة جايزة في الاقارير والحقوق وانفاذ القضاء وكتبهم وكل شيء الا الحدود والقصاص وبقولنا هذا قال احمد والشافعي في قول واصح قوليه وهو قول مالك تقبل في الحدود والقصاص ايضا لان الفروع عدول فنقلوا شهادة الاصول فالحكم بشهادة الاصول لا بشهادتهم وصار وا كالمترجم ومسند فرع **قوله** وهذا استحسان اي جواز الشهادة على الشهادة والقياس ان لا يجوز لانها عبادة بدنية وحيث سقط على الاصل وليس للشهود له حتى لا يجوز الخصومة فيها والاجبار عليها والنيابة في العبادة البدنية لا يجوز لان كون قول انسان ينفذ على مثله ويلزمه ما ينسبه اليه وهو ينفيه ويبرا منه انما عرف حجة شرعا عند قدر من احتمال الكذب وهو ما في شهادة الاصول لعدم العصمة من الكذب والشهود فلا يكون حجة كذلك عند زيادة الاحتمال فكيف اذا كان الثابت ضعف ذلك الاحتمال وهو في شهادة الفرعين وان اختلف محل الاداء فان محله في الاصلين في اثبات حق للمدعي في الفرعين ما يشهدان به من شهادة الاصلين ثم يرجع الحق للمدعي به لكن لما كان الشاهد قد يعجز عن الاداء لموته او غيبته او مرضه بفتح الحقوق اثبتها اهل الاجماع صيانة لحقوق الناس لا يتاد ليستغني عن ذلك بجنس الشهود بان يستشهد على كل حق عشرة مثلا فيبعد موت الكل قبل دعوى المدعي لانا نقول المدعي جاز كونه وارث وارث صاحب الحق على مثله وقد انتصب الكل فالحاجة محققة اليها ولما كانت الحقوق منها ما يحتاط في اثباته ومنها ما اوجب الشرع الاحتياط في دريه وهو الحدود والقصاص لو اجزنا فيها الشهادة على الشهادة مع ثبوت ضعف احتمال الكذب كان بخلاف الشرع والمصنف علل بعذا ومنها من شبهة البدلية فاورد عليه لو كانت بدلا لم تجز شهادة اصل مع فرعين اذ البدل لا يجامع الاصل وانما منه واجيب بان البدلية هنا بحسب المشهود به فان علمنا بثبوت الشهود به للاصول فيه شبهة كما ذكرنا وبالشهادة على شهادتهم تمكنت فيه شبهة اخرى لاحتمال سبب شهادة الاصول لان شهادتهم بيان وهذا يرده الى التعليل الاخير وهو كثرة الاحتمال بتامل حسن فلا يكونان تعليلين وهو خلاف ما ذكره المصنف لا يقوم ان اصل السوال غير وارد لانه انما يرد على حقيقة البدلية والمصنف انما قاله فيه شبهة البدلية لا حقيقتها فان قيل ذكر في المبسوط ان الشاهدين لو شهدا على شهادة شاهدين ان قاضي بلد كذا حده فلانا فقد قتل حتى ترد شهادة فلان اجيب بان لا نقض فان المشهود به فعل القاضي وهو مما يثبت مع الشبهات والمراد من الشهادة بالحدود الشهادة بوقوع اسبابها الموجبة لها فما ورد ان فعل القاضي موجب لردها ورد

... من حد هو موجب لرد هذا اذا كان من حد ما يرجع ... والذب يوجبه هو القذف فنفسه على ان ... شهادة رجل وامراتين على شهادة شاهدين ... وجوز شهادة شاهد ... شهادة على شهادة ... شهادة شاهد على كل واحد من الشاهدين شهادة ... شهادة هذا وشهادة هذا ايضا على ... شهادة الاخر ما لو شهد ... على شهادة الاصل لا تجوز على شهادة الاصل لا تجوز لاعلى قول مالك ... علم ما نقل عنه في كتب اصحابه انه لا يجوز وفي الحلية ان علي بن احمد وابا الليلي وابن شبرمة والحسن البصري والعنبري وعثمان البتي واسحق يجوزون الشهادة على الشهادة لان النزع قايم مقام الاصل بمنزلة رسوله في احياء شهادته الى مجلس القضاء كانه شهد بنفسه واعتمدوه برواية الاخبار ولنا ما روى عن علي رضي الله عنه انه لا تجوز شهادة على شهادة رجلين ذكره المصنف وهو بهذا اللفظ غريب والذي في مصنف عبد الرزاق انا ابراهيم ابن ابي يحيى الاسلمي عن شيخ سماه عن ابيه عن جده عن علي قال لا تجوز على شهادة الميت الا رجلان واسند ابن ابي شيبة الى وكيع عن اسماعيل الازرق عن الشعبي قال لا تجوز شهادة الشاهد على الشاهد حتى يكونا اثنين ولان شهادة كل من الاصلين هي المشهود بها فلا بد ان يجتمع على كل مشهود به شاهدان حتى لو كانت امراة شاهدة مع الاصول لا تجوز على شهادتها الا رجلان او رجل وامراتان وقال الشافعي في احد قوليه لا يجوز واختاره المزني لان النوعين يقومان مقام اصل واحد كالمراتين فلا تقوم الحجة بهما كالمراتين لما قاما مقام رجل واحد لا يقضي بشهادتهما ولان احدهما لو كان اصلا فشهد شهادته ثم شهد مع نوع على شهادة الاصل الاخر لا يجوز اتفاقا فكذا اذا شهدا جميعا على شهادة الاصلين وفي قول اخر للشافعي يجوز كقولنا وهو قول مالك واحد لما روينا من قول علي رضي الله عنه فانه باطلاقه يتناول محل النزاع ولان حاصل امرهما انهما شهدا بحق هو شهادة لحق الاصلين ثم شهد بحق اخر هو شهادة الاصل الاخر ولا مانع من ان يشهد شاهدان لحقوق ... بخلاف ادا الاصل شهادة نفسه ثم شهادته على الاخر مع اخر فانه لما لا يجوز لان فيه يجتمع البدل والمبدل بخلاف ما لو شهد شهادته وشهد اثنان على شهادة الاصل الاخر حيث جوز وقوله وهو حجة على مالك فيه نظر اذ كتبهم ناطقة بان شهادة الواحد على الاصل لا تجوز كما قدمنا وما ذكره المصنف رواية عنه ولما نقل هذا لعل من تقدم ذكره في الحلية لما تقدم من ان النوع كرسوله وكرواية الاخبار ويدفعه ما ذكرنا عن علي رضي الله عنه وان كل واحد حق فلا يثبت الا باثنين وذكر في المستوعب للحنابلة عن احمد لا بد من اربعة فروع ليشهد كل فرعين على واحد من الاصلين

قوله وصفة الاشهاد اي شهادة شاهدا الاصل شاهدا الفرع ان يقول شاهدا الاصل اشهد على شهادتي اني اشهد ان فلان بن فلان اقر عندي بكذا واشهدني على نفسه وانما شرط اشهاد الاصل الفرع في شهادة الفرع لانه كالنايب عنه فلا بد من الاستنابة وذلك بالتحميل بخلاف شهادة الاصل تحمل على المقر وان لم يحمله وكذا كل من شاهد امرا غير الشهادة له ان يشهد به وان لم يحمل كالاقرار والبيع والغصب على ما مر بيانه في فصل ما يتحمله الشاهد وانما لم يقل لانه نايب لانه لو كان حقيقة النايب لم تجز القضاء بشهادة فرعين على شهادة اصل واصل لامتناع الجمع بين الاصل والخلف لكنه جايز وقوله ولا بد ان يشهد اي شاهد الاصل عند الفرع كما يشهد شاهد الاصل عند القاضي حتى ينتقل الفرع الى مجلس القضاء وان لم يذكر شاهد الاصل في شهادته عند الفرع قوله واشهدني يعني المقر على نفسه بذلك جاز لما ذكرنا ان اقاريم العرف واذا وقع التحمل بما ذكر فيقول شاهدا الفرع عند الاداء اشهد ان فلان ابن فلان اشهدني على شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك فلا بد من ذكر الفرع جميع شاهدا الاصل وفيه خمس شينات وذلك لانه لا بد للفرع من شهادته وذكر شهادة الاصل قال المصنف ولهما اي لشهادة الاداء من الفرع لفظ اطول من هذا واقصر الاطول فان يقول اشهد ان فلانا شهد عندي ان فلان علي فلان كذا واشهدني على شهادته وامرني ان اشهد على شهادته وانا الان اشهد على شهادته بذلك فيلزم ثمان شينات واما الاقصر فان يقول الفرع اشهد على شهادة فلان بان فلانا اقر عنده بكذا فيه خمس شينات وهو اختيار الفقيه ابي الليث واستاذه ابي جعفر وحكي فتوى شمس الايمة السرخسي به وكذا ذكره محمد في السير الكبير وبه قالت الايمة الثلاثة وحكي ان فقهاء ابي جعفر خالفوا شرطوا زيادة بطويل فاخرج ابو جعفر الرواية من السير الكبير فاذا هو اله قال في الوجيز فلو لم يعتمد احد على هذا كان اسهل وكلام المصنف يقتضي ترجيح كلام القدوري المشتمل على خمس شينات حيث حكاه وذكر ان شرط الطول منه واقصر ثم قال وخير الامور اوسطها وذكر ابو نصر العبادي في شرح القدوري اقصر اخر ثلث شينات قال ويمكن الاقتصار على ذلك على لغة الناطق وهو ان يقول اشهدني فلانا اشهدني على شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا ثم قال وما ذكره صاحب الكتاب

فيه يطرق التهمة عن الحدود وقال المصنف قال [illegible] فانه قال بعد توليه فاجيز الشهادة وكذلك كتب القاضي [illegible] الشاهدين وقال ابو حنيفة ان قال في هذين البابين التمييز لم يجز حتى ينسبها الى الفخذ وهذا يعني ان القاضي اذا كتب ويكتب به الى القاضي الاخر ان شاهدين عدلين شهدا عندي بان لفلان بن فلان على فلان الفلاني مائة درهم فاقض عليه بذلك فاحضر الموكي امرأة في مجلس القاضي المكتوب اليه هات شاهدين ان التي احضرتها هي فلانة بنت فلان الفلاني المذكور في هذا الكتاب يمكن الاستدلال بها على القضاء عليها وقوله الا ان القاضي الراحض جواب عن مقدر وهو انه اذا كان في معنى الشهادة على الشهادة ينبغي ان لا يقبل قول القاضي وحده لانه كشاهد الفرع شهد على الاصول بما شهدا به فقال ان للقاضي زيادة وفور ولاية ليست للشهود فتمت تلك مع ديانته مقام قول الاثنين فافهم بالتامل ثم قال المصنف قال وقالوا فان قال ابو حنيفة على ما ذكرنا من قوله المصنف نقلا للفظ الجامع على ما نقلناه انفا ثم قال في الجامع قال ابو حنيفة لو قالوا في هذين البابين اي الشهادة على الشهادة وكتاب القاضي الى القاضي هي فلانة بنت فلان التميمية لم يكف حتى ينسبوها الى فخذها ويزيد القبيلة الخاصة التي لبيوتها وهذا اخص منهما وهذا على احد قولي اللغويين وهو في الصحاح وفي الجمهرة جعل الفخذ دون القبيلة وفوق البطن وانه بتسكين الخاء والجمع افخاذ وجعله في ديوان الادب بكسر الخاء وانه اقل من البطن وكذا ذكر صاحب الكشاف والزبيدي فقال العرب على ست طبقات شعب وقبيلة وعمارة وبطن وفخذ وفصيلة فالشعب تجمع القبايل والقبيلة تجمع العمائر والعمارة تجمع البطون والبطن تجمع الافخاذ والفخذ تجمع الفصايل فمضر شعب وكذا ربيعة ومذحج وحمير وسميت شعوبا لان القبايل تتشعب منها وكانة قبيلة وقريش عمارة وقصي بطن وهاشم فخذ والعباس فصيلة وعلى هذا فلا يجوز الاكتفاء بالفخذ والمراد ينسبها الى الفصيلة لا غير فاذا قال الفلاني وفصيلته التي تؤويه ونظير ما ذكروه في النسب ما ذكروه في النسبة الى البلدان فيحق من لا يعرف له نسبة الى جد مشهور مثل ان يقول الغزغاني وكذا اللخمي كما ذكره ابو الليث وقيل السمرقندي والبخاري عامة الاوزجندي وقيل في النسبة الى السكة الصغيرة خاصة والى المحلة الكبيرة والمدينة عامة قال المصنف ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف فيعوم اعتبر احد ذكر الجد على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد الاعلى اي الجد الاعلى في ذلك الفخذ الخاص فتنزل منزلة الجد الخاص وهذا تفليل لقول ابي حنيفة المنقول في الجامع ان قال في هذين البابين التميمية لم يجز حتى ينسبها الى فخذها فانه ذكره فيما اذا قال فلانة بنت فلان الفلاني من غير ذكر جد فعلم ان الفلانية تقوم مقام الجد اذا كان منسوبة الى احد الاربعة **مسئلة** قال ابو حنيفة شاهد الزور الى احره احكم شهادة الزور لانها خلاف الاصل اذ الاصل الصدق لان الاصل في الظلمة كونها على الحق والانحراف عنه لعارض من قبل النفس والشيطان وشاهد الزور لا يعرف الا باقراره بذلك ولا يحال به يرد شهادته لمخالفته الدعوى والشاهد الاخر او تكذيبه المدعي له اذ قد يكون عن تاويل في المخالفة او للمدعي عرض في اداء وزاد شيخ الاسلام ان يشهد بموت واحد فيجيء حيا ولو قال غلطت او ظننت ذلك قيل لهما معي كذبت لاقراره بالشهادة بغير علم واذا ثبت كونه شاهد زور فقال ابو حنيفة رحمه الله يعزر بتشهير وعلى الملا في الاسواق ليس بعزر وقالا نوجعه ضربا ونحبسه فصار معنى قوله ولا نعزره لا ضربه فالحاصل الاتفاق على تعزيره انه اكتفى بتشهير حاله في الاسواق وقد يكون ذلك اشد عليه من الضرب عنده وهما اضافا الى ذلك الضرب وبه قالهما قال الشافعي ومالك رحمهما لهما ما روي ان عمر رضي الله عنه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا رواه ابن ابي شيبة ثنا ابو خالد عن حجاج عن مكحول عن الوليد بن ابي مالك ان عمر كتب الى عماله بالشام في شاهد الزور يضرب اربعين سوطا او يسخم وجهه ويحلق راسه ويطاف به وروى عبد الرزاق في مصنفه عن مكحول ان عمر ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وقال الحسن ابن يحيى ابن العلا اخبرني الاحوص بن حكيم عن ابيه ان عمر ابن الخطاب رضي الله عنه امر بشاهد الزور ان يسخم وجهه ويلوى عمامته في عنقه ويطاف به في القبايل فوجه الاستدلال به ذلك ممن يرى تقليد الصحابي فظاهر اما من لا يراه فوجهين احدهما عدم النكير فيما فعل عمر فكان اجماعا وليس بشيء لان الانكار لا يتحقق فيما طريقه الاجتهاد فاذا فرضنا انه اداه اجتهاده الى ذلك فلا نكير على مجتهد في محل اجتهاد بل فلاحة في هذه السكوت والثاني انه اتى كثير من الكبائر على ما مر بها النبي صلى الله عليه وسلم

وكان منكرا [illegible] الا وقول الزور وشهادة الزور [illegible] فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول [illegible] على ابي حنيفة فانه فتيق العنبر [illegible] والحق انه متمش عليه بقي الضرب وهما يابيانه [illegible] انا ابو حنيفة عن الهيثم عمن حدثه عن شريح انه كان اذا اتاه شاهد الزور فان كان من السوق قال للرسول قل لهم ان شريحا يقول لكم انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وان كان من العرب ارسل الى مسجد قومه اجمع ما كانوا فقال للرسول مثل ما قال في المرة الاولى ونحوه ما رواه ابن ابي شيبة ثنا وكيع ثنا سفيان عن ابي حصين قال كان شريح يبعث شاهد الزور الى مسجد قومه والى السوق ويقول انا قد وجدنا شهادة هذا وفي لفظ كان يكتب اسمه عندنا وقال الحصاف في ادب القاضي ثنا وكيع قال ثنا سفيان قال كان شريح يبعث بشاهد الزور فادخل بين وكيع وابي حصين سفيان وقد يقال ليس في هذا ما يوجب انه لم يضرب بل انه فعل ذلك ولا ينفي هذا ان يكون مع ذلك اضر شيئا وجدنا هذا المحمل مرويا قال عبد الرزاق انا الثوري عن الجعد بن ذكوان قال اتي شريح بشاهد زور فنزع عمامته عن راسه وحنكه بالدرة حنكات وبعث به الى مسجد ليعرفه الناس عيزار ابا حنيفة قال ان فوضنا اليه وقع الضرب وقد قلنا انه انما يعزر شاهد زور باقراره فكان ذلك قبل ان يدري شاهد الزور والراجع انه يفعل بذلك فقد كان يظن انه لا يحبس ولا يضرب فرجع حين ترتب على رجوعه الضرب وصار ذلك مستقرا في النفوس يكون صارفا لها عن الرجوع وحاملا على التمادي فوجب ان يترك ويكتفى بما ذكرت من التعزير هذا بعد العلم بانه كان ممن كان منه بطريق الاجتهاد لا بالنقل عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاز ان يجتهد في نفيه باعتبار ثبوت معنى اضر واما الجواب بان ما روي عن عمر رضي الله عنه والتشهير كان سياسة فاذا رأى الحاكم ذلك مصلحة كان له ان يفعله فتديره بما ذكرنا من تكاثره عمر به الى عماله في البلاد واما الاستدلال على السياسة بالتبليغ الى الاربعين ولا يبلغ بالتعزير الى الحدود فليس بشيء لان ذلك مختلف فيه من العلماء من يجيزه وقد اجاز عالم المذهب ابو يوسف رحمه الله ان يبلغ بخمسة وسبعون وتسع وسبعون فجاز ان كون راي عمر رضي الله عنه كذلك واما كون التشهير مثله مشوخة فقد يكون راي عمر رضي الله عنه ان المثلة ليست الا في قطع الاعضاء وكونه مما يفعل في البدن ويدوم لا باعتبار عرض يغسل من ولا واعلم انه قد قيل ان المسئلة على ثلثة اوجه ان رجع على سبيل الاصرار مثل ان يقول لم شهدت في هذه بالزور ولا ارجع عن مثل ذلك فانه يعزر بالضرب بالاتفاق وان رجع على سبيل التوبة لا يعزر اتفاقا وان كان لا يعرف حاله فعلى الاختلاف المذكور وقيل لا خلاف بينهم لجواب ابي حنيفة في التائب كان المقصود من التعزير الانزجار وقد انزجر وجوابه على ما تقدم فيمن لم يتب ولا يحال فيه ابو حنيفة والتشهير بالجريطوف على قوله بدلالة التبليغ يقال سخم وجهه اذا اسوده من السخام وهو سواد القدور وقد جا باحد المملة من الاسخم وهو الاسود وفي المعنى لا يسخم وجهه بالحا والحا **كتاب الرجوع عن الشهادة** لما كان هذا الجنس رفع الشهادة وما تقدم اجناسا انتهاتها فكانا متوازيين فرجم هذا بالكتاب كما رجم ذاك للموازاة بينهما والا فليس لهذا الباب لتعدد انواع مسايله ليكون كتابا كذلك ولتحققه بعد الشهادة اذ لا رفع الا بعد الوجود ناسب ان يجعل تاليه لبعد كمال وجوده بعده وخصوص مناسبته بشهادة الزور وهو ان الرجوع لا يكون غالبا الا لانه وهما او خطا **قوله** اذا رجع الشهود عن شهادتهم سقطت عن الاعتبار فلا يقضى بها لان كلامهم تناقض حيث قالوا نشهد بكذا لا نشهد به ولا يقضي بالمتناقض ولا بداي كلامه الذي ناقض به وهو المتاخر في احتمال الصدق كالاول فليس القضا باحدهما باحق من الاخر فوقف كل منهما قالوا ويعزر الشهود سواء رجعوا قبل القضا وبعده ولا خلاف عن نظر لان الرجوع ظاهر في انه توبة عن تعمد الزور ان تعمد او الغرور والغلبة ان كان خطا منه ولا تعزير على التوبة ولا ذنب ارتفع بها وليس منه حد مقدر **قوله** ولا ضمان عليهم لانهم لم يتلفوا شيئا على المشهود له ولا عليه **قوله** فان حكم الراجع اذا رجعوا قبل الحكم فلا ضمان عليهم وان رجعوا بعد

لزيد فاوفى الضمان وماخذ فيه من هذه [illegible] على المشهود له لان حصة الذي اثبتها له بشهادتهما له بيقين مستحقة للمشهود عليه بيقين كما بينا فتعذر استحقاق المشهود له لذلك الحصة دون المشهود عليه فيرجع الضمان المشهود عليه فان رجع احدهما بالثلث على الراجعين بنصف المال لان بيقى الثالث بينهما نصفين قال الراجع الاول كيف اضمن بالرجوع الثالث فيما لم يرجع فيه وانت رجعي لا يقبل هذا الا بتبيان قول احدهم لو رجع الثلاث لا يلزمه شيء لان كل واحد منهم يقول انما يلزمني ضمان ما رجعت فيه وانت رجعي لا يقبل هذا الا بتبيان ان تلف النصف وان كان بما يستقل بالاتلاف كالقتل والحرق فرجوع الشاهد مع رجوع جماعة معه سواء الضمان لانه ليس احدهما اولى به من الآخر وان شهد رجل وامرأتان فرجعت احدهما ضمنت ربع المال لبقاء ثلثه ارباعه ببقاء من بقي وان رجعتا ضمنتا نصفه لان بشهادة الرجل بقي نصف الحق وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع منهن ثمان لا ضمان عليهن لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق فان رجعت احدى ضمن التسع ربع الحق لبقاء النصف بشهادة الرجل الباقية وربع بشهادة الباقيات وان الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة اسداسه عند ابي حنيفة وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لا فرق وان كثرن يتمم مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا بانضمام الرجل ولابي حنيفة ان كل امرأتين قامتا مقام رجل قال صلى الله عليه وسلم في نقصان عقل كل ثلثين منهن بشهادة رجل روى البخاري من حديث الخدري رضي الله عنه ان صلى الله عليه وسلم قال يا معشر النساء تصدقن واكثرن من الاستغفار فاني رايتكن اكثر اهل النار فقلت امرأة منهن يا رسول الله ما لنا اكثر اهل النار قال تكثرن اللعن وتكفرن العشير ما رايت من ناقصات عقل ودين اغلب لذي لب منكن قالت يا رسول الله وما نقصان العقل والدين فقال اما نقصان العقل فشهادة امرأتين تعدل شهادة رجل وتمكث الليالي لا تصلي وتفطر في رمضان فضارعنا لو شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا او احد عشر رجلا كما لو شهد عليهن نصف الحق على التوالي يعني بالاتفاق على اختلاف الوقوع فعندهما لان الثابت بشهادتهن نصف المال وعند ابي حنيفة لبقاء من يثبت به النصف وهو الرجل كما لو شهد ستة رجال ثم رجعت ستة ثم ليست احداهن اولى بضمان النصف من الاخريات ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة لان الواحدة ليست شاهدا بل لم يعد شاهدا لان المرأتين شاهد واحد فشهادة الواحدة شطر علة وشطر العلة لا يثبت به شيء فكان القضاء ليس الا بشهادة الرجلين فلا تقضي المرأة عند رجوعها شيأ ولو شهد رجل وثلث نسوة ثم رجع رجل وامرأة وجب ضمان نصف المال لبقاء من يبقى بشهادته نصف المال يعني المرأتين ثم هو على الرجل خاصة على قولهما لثبوت النصف بشهادة الرجل والنصف بشهادة النساء وينبغي في قياس قول ابي حنيفة ان النصف اثلاثا على الرجل والمرأة لان القضاء هنا بشهادة الكل من الرجال والنساء على الشيوع ثم يتاوكل امرأتين مقام رجل فثلث نسوة مقام رجل ونصف فان رجعوا جميعا فعندهما اضعافا وعنده اخماسا على النسوة ثلاثة اخماس وعلى الرجل خمسان **قوله** وان شهد للاجنبي رجل على امرأة نكاحها بعبد ومهر مثلها او ادعاه باقل بان ادعاه بماية ومهر مثلها الف فشهد بذلك شاهدان فقضى بعشر شهادتهما ثم رجعا لا ينسخ النكاح برجوعهما ولا يضمنان شيأ في الصورتين كما ذكره المصنف وذكر في المنظومة في صورة النقصان انهما يضمنان ما انتقص عن مهر مثلها عند ابي حنيفة وعند خلافا لابي يوسف كما في باب ابي يوسف لو اثبتوا نكاحها فاوكسوا ان رجعوا لم يضمنوا اما نكحوا ثم بينه في شرحه المسمى بالحصر وحصل الخلاف مبنيا على مسيلة اختلاف الزوجين في قدر المهر فان عند ابي حنيفة وعند القول قولها الى مهر مثلها فكان يقضي لها بالالف لو لا هذه الشهادة فقد اتلفا عليها تسع ماية وعند ابي يوسف القول للزوج فلم يتلفا على قوله عليها شيأ وبقيه صاحب الجمع وما فاده صاحب الهداية هو المعروف وعليه صاحب النهاية وحرر من الشارحين لم ينقلوا سوى خلافا ولا رواية وهو المذكور في الاصول كالمبسوط وشرح الطحاوي والدرجة وغيرها وانما نقلوا فيها خلافا للشافعي فلو كان لهم شعور بهذا الخلاف الثابت في المذهب بين الائمة الثلاثة لم يعدموا بالكلية ويشتغلوا بنقل خلاف الشافعي وذكروا وجهه بان البضع متقوم لشبوت تقومه حال الدخول فكذا في غير حال الدخول ليس الا ظهار خطره حيث كان منه النسل المطلوب لخير الدنيا والاخرة وغرة ذلك من البضع كما شرطت الشهادة متقوم ما في نفسه كالاعيان المالية لانه لا يرد الملك على ولا تبتذل والمنافع لا تتقوم فلا يضمن لان التقوم يستدعي احالة الاتلاف بالنفي ولا مماثلة بين الاعيان التي تحرز وتتمول والاعراض الذي تتهتك وتبتذل ولا تبقى وتزع في الغاية على الاصل خلافا لمن هو اذا شهدوا بالطلاق الثلث

ثم رجعوا

رجعوا بعد القضاء بالفرقة [illegible] عندنا ولهذا اذا قال رجل [illegible] وجاءا بشهادة رجل [illegible] ان يقضي بالفرقة ويجب ان لا يلزم شيء
[illegible] اذا اردت المرأة ان يقضي عليها بالزوج وعندنا [illegible] ان يقضي بالفرقة ويجب ان لا يلزم شيء
[illegible] ولهذا اسلم او جب الضمان ما تلاف منافع البضع [illegible] ان يقضي بالفرقة ويجب ان لا يلزم شيء
[illegible] له مهر المثل فهذا في الاتلاف الكلي واما في تفويت [illegible] هذا الاتلاف الحقيقي بالنزع على خلاف
القياس والحكم دونه فلا يثبت الا رد عليه واوفى الطحاوي [illegible] شرح الطحاوي ولو ادعى ابو
[illegible] ساجر الدار من هذا الشاهد عشرة واجر مثلها عليه والمؤجر لم [illegible] شهد بذلك ثم رجعا لا ضمان
عليهما لانهما اتلفا المنفعة وتلف المنفعة لا ضمان [illegible] من لم يوجد اي لضمان عليهما اذا شهد على رجل
بزوج امرأة بمهر مثلها بان ادعت امرأة عليه بذلك فشهد [illegible] رجعا لا يفسخ النكاح على ذلك الحال بعد
ما قضي به ولا ضمان ما اتلفاه عليه من مهر المثل لانهما غرما عوض ملك البضع وهو متقوم حال وجود
الملك عليه والاتلاف بعوض كلا اتلاف واغا كان كذلك لان سبق الضمان على المماثل عند المماثل ربا وهو
مماثلة بين الاتلاف بعوض وهو الثابت في حق الزوج والاتلاف بلا عوض وهو الذي حكم به على ان هذين
وان شهدا بالمهر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة على مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة على المثل
لانهما اتلفا ها بلا عوض وهي من الاعيان التي تقع المماثلة بالنصين فيها **قوله** وان شهد اربع
نسوة بمثل القيمة او الزيادة ان ادعى ذلك مدع قد الم به وجعلهم بعضنا لانه ليس بالاتلاف معنى
وطرأ العوض وان شهد به باقل من القيمة ثم رجعا ضمنا الزيادة لقصان القيمة لانهما اتلفا عليه
الله وعليه بلا عوض هذا اذا شهدا بالبيع ولم يشهدا بقبض الثمن فلو شهدا به وبقبض الثمن ثم رجعا فانا
ان يشطرها في شهادة واحدة بان شهدا انه باعه هذا بالف واوفاه الثمن او في شهادتين بان شهد
بالبيع فقط ثم شهدا بان المشتري اوفاه الثمن فعلى الاول لا ضمان عليهما لبقاء البيع لا بالثمن وفي
الثاني يضمن عليهما بالثمن لبقاء وجه الفرق ان في الاول المدعى به البيع دون الثمن لانه لا يعلم القضاء بالجائز
الثمن لا فرانه مما يوجب سقوطه وهو القضاء بالايتاء وهذا قلنا لو شهد اثنان على رجل انه باع من هذا رجل
واقاما شهادتهما واحد لا يقضي بالبيع لانه قارب القضاء به ما يوجب انقضاءه وهو القضاء بالاقالة كذا
هذا واذا كان المقضي به البيع فقط وزال المبيع بلا عوض فيضمان القيمة بخلاف ما اذا كان بها
فان الثمن يصير مقصودا به ضمنا ثم قال المصنف ولا فرق بين فوت البيع بما او فسد خيار المتاع
لان الثمن انما يسقط بفوت البيع عواد وحق استحق المشتري المبيع بزوائده وقد ارتفع الاقالة بشهادتهما
فيضاف لكلهم الى عقد سقوط الخيار اليه فانضاف الملف الى الشهود وهذا جواب عن ذكره
في المبسوط حاصله سبق ان لا ضمان عليهما لانهما انما اثبتا البيع بشرط الخيار عن سوال ذكر في
المبسوط حاصله سبق ان لا ضمان عليهما لانهما انما اثبتا البيع بشرط البائع وبه كيزول ملكه عن
المبيع واغا يزول اذا لم يفسخ حتى مضت المدة واذا لم يفسخ حتى مضت المدة واذا لم يفسخ حتى
مضت المدة هل يختار الى ادراكه غره فلا يجب الضمان والجواب ان سبب الملف انما ثبت
وبشهادتهما فيضاف السبب غاية الامر انه سكت اي ان مضت المدة وهو لا يستلزم رضا
لجواز ان لم يحرره عن اضافة اليه الذهب لانه قد الم القول فاذا مضى حان معرفا **قوله**
يصدوره منه فيظهر للناس تناقضه وكذبه والعاقل يحترز عن مثله وكذا لو شهدا بالعقد على ام
خيار المشتري ومضت المدة ولم يفسخ وفي قيمة البيع يضمان عن الثمن الذي شهدا به ضمناه
ولو ان المشهود عليه باع الدار اخر في الثمن سقط الضمان عنهما لانه اتلف ماله باختياره كما لو
اجاره الباع في شهادتهما باختياره ثمن ناقص عن القيمة يسقط ايضا **قوله** وان شهدا انه
طلق امرأته قبل الدخول فنفى بالفرقة ثم رجعا ضمنا نصف المهر هذا اذا كان في العقد مهر مسمى
فان لم يكن فيه مهر مسمى لانها الواجبة فيه وذلك لانهما اذا كان على شرف السقوط وعلى الزوج

دينين

سوادج

ما ان الوجه فيما يكون [illegible] اخذ بحرم صيد الحرم وصيد في يد آخر يجب الجزاء على الآخذ وحده
على ان كل واحد منهما كان كفت [illegible] ان يتوقى ذلك ولو اكره رجل آخر على الطلاق بقتل
الدخول فان على الزوج نصف المهر [illegible] لكن تركذلك ارتداد ونحوه ولان الفرقة
قبل الدخول بمعنى الفسخ لا توجب شيئا [illegible] في باب المهر من ان بالطلاق
قبل الدخول يعود المعقود عليها كما كان [illegible] ولا يجب عما سلمت ي ثم يجب نصف المهر اذا قضى
اوجبا شهادتهما عليه ما لا فيجب ضمانه عليهما وانما قال في معنى الفسخ ولم يقل فسخ لانه ليس
حقيقة الفسخ والالم ينقص من عدد الطلاق شيء فانما هو في معنى فسخ عود المعقود عليها
سالما ولم يذكر المصنف ما لو شهدا بالطلاق بعد الدخول مع انه مذكور في القدوري والهداية
وحكمه انه يجب ضمان لان البضع لا يقوم له حال الخروج وما دفع من المهر قد اعتاض عنه فانع
البضع فلم يتلف عليه ما لا بلا عوض وفي النهاية لم يفهما الا ما زاد على مهر المثل لان بقدر المثل اتلاف
بعوض وهو منافع البضع التي استوفاها لهم المعروف ان ان هذين لا فرق بينهما سوى نصف المهر
من غير خلاف وخرج بعضهم ان ذلك قول ابي حنيفة واي يوسف اما على قول محمد فيضمنان للمرأة
مزاد على مهر المثل اي تمامه لانهما برجوعهما راعما ان الزوج لم يطلقها واغا وقع بالقضاء به فعند ابي
حنيفة وقوعه بالقضاء بايقاع الزوج وبايقاع الزوج ليس لها الا النصف وعند محمد القضاء ليس
ايقاعا من كل وجه فبقي حقها ثابتا في كل المهر وقت شهادتهما قبل الفسخ استحق والوجه عدمه لان
القضاء بالوقوع انما هو عند ذلك بناء له في امكان الطلاق على ان نقل هذا الخلاف غريب ليس في الكتب
المشهورة ولا يعول عليه **قوله** وان شهدا انه اعتق عبده قضى بالعتق ثم رجعا ضمنا قيمته
لانهما اتلفا عليه ما لا متقوما بلا عوض فيضمنان سواء كانا موسرين او معسرين لانه ضمان اتلاف
وهو لا يتقيد باليسار والاعسار للمولى لان العتق من جهته وهو وان كان منكرا للعتق صار ملتزما
شرعا وانما تحول ذلك عليهما لان العتق لا يقبل الانتقال ولا يكون الولاء ضمانا فيما
للضمان لانه ليس بمال بل هو كالنسب يثبت به ولو كانا شهدا بتدبير العبد وقضى
به كان عليهما ضمان ما بين قيمته مدبرا وغير مدبر وقد سلف في كتاب العتق قدر نقصان التدبير
وان مات المولى بعد رجوعهما فعتق من ثلث تركته كان عليهما بقيمة قيمته عبدا للورثة ولو شهدا
بالكتابة ضمنا تمام قيمته والفرق انهما بالكتابة حالا ان ملك المولى وتبين ماليته العبد بشهادتهما
فكانا عاجزين فيضمنان قيمته بخلاف التدبير فانه لا يحول بين المولى ومدبره ما لم يسقط ماليته
ثم اذا ضمنا بتبعا الكتابة على نجم لانهما انما قاما مقام المولى حين ضمنا قيمته ولا عتق المكاتب على نجومه
لانهما انما قاما مقام المولى حين ضمنا قيمته ولا عتق المكاتب حتى يؤدي اليهما الجميع حتى كان مع المولى ورقه
للدين شهدا عليه بالكتابة وان عجز ورد في الرق كان لمولاه كان رقبته لم تضمنا شيئا لانهما لم يملكا
بالضمان لان الكتابة لا تقبل النقل من ملك الى ملك ويرد المولى ما اخذ منهما لو ولد حر لهما
بوطء في الرق فهو كما غصب المدبر اذا اعتق قيمته بعد ما قبض ثم رجع يكون برد دا على المولى
ويرد المولى على الغاصب ما اخذ منه ولو كانا شهدا على اقرار بان هذه الامة ولدت منه
فقضى به لذلك ثم رجعا ضمنا للمولى نقصان قيمتها ولد لك كان يقوم امة وكام ولد لو جاز بيعها
مع الاولاد فيضمنان ما بين ذلك فان مات المولى بعد ذلك فاستحقت كان عليهما بقيمتها امة
للورثة وان هما قضى بشهادتهما على اقراره في اين في يد الذي شهد على انه اقر انها ولدت
منه هذا الولد كان عليهما مع ما ذكرنا للمولى قيمة الولد فان قيمتها ثم مات فورثته هذا الابن كان عليه
ان يرد على الشاهدين ما ورث مثل ما كان لكبت اخذه منهما من قيمته وقيمة امه لانه يقول لكبت
اخذ بغير حق وانه دين في تركته لهما والذي عندي انه ينبغي ان يضمنا للورثة مقدار ما ورث

الابن

[illegible] انهما اشتباه عليه بشهادتهما
[illegible] وهو مذهب مالك خلافا لاشهب والليث
[illegible] في مالهما وان قالا تعمدنا افتضح بهما وقالا في
[illegible] مسلب بشهادته في قتل الولي خطأ ان المدعى
[illegible] اولى منه لان ولي القصاص بعد الشهادة يمين على قتل
[illegible] باكراهه بل بمنع وسكر عليه للعلم بانه محظور عليه ولنا ان القتل مع ان هدر لم يوجد لسببا كان التسبب
ما فوض اليه اي ما نسب فيه غالبا والشهادة لا تفضي الى قتل الولي على وجه القتل وان افضت الى القضاء به
بل لتشوف اما يمنع ثم نفس الدين في الصلح على الدية بل على قدر بعضها فلم تفض غالبا الى بدل قود وقد تكلم الناس
من تجب عليه طلب التشفي ومنهم من تجب عليه العفو بالمال يرى انه جمع بين ما هو الاجب لكل واحد
وحصول ما لا ينتفع به فترجح بين دنيا واخرى ولا شك ان هذا بالنظر الى مجرد ذاته ومفهومه يقتضي
كثرة وجوده بالنسبة الى القتل فكيف اذا علم كثرة وقوعه واذا انتفى السبب حقيقة من ان هذا تسبب
قتله بخلاف المكره على قتل الولي للدم لان الغالب ان الانسان يؤثر حياته على حياة غيره فكان المكره
باكراهه مسببا لا حقيقة حيث ثبت بفعله ما هو المفضي للقتل بسبب الايثار الطبيعي ولا يصح قياس
الشاهد عليه لانه الجامع وهو اتيان ما يفضي غالبا الى القتل وجه اخر وهو ان القتل الاختياري
دون الاختيار الصحيح اعني قتل الولي المعترض بعد الشهادة بما قطع نسبة القتل الى الشاهد فاعرف
عين ذلك ان قيد فائق باختياره وامتناع من دفع انسان اي شر حزرها غيره تعد بانه بدفعه
الاختياري انقطعت نسبته الى الجاني فلا وجود للتسبب مع المباشر بخلاف الاكراه فانه وجد
اعترض فعله الاختياري على الاكراه فلم اختياره فاسد للاكراه عليه فجاز ان على الاختيار ولذا
لا يصح مع اختياره عقد البيع ولا اجارته بيعه ولا اجارته ونحوها مما يصح لمطلق فعله بخلاف المكره
فاعتبر المكره قاتلا للمكره فلم نعمل ان القتل على انه لو لم يقطع الاختيار الصحيح النسبة الى الشاهد فلا
اقل من ان يوجب شبهة في ايجاب القصاص عليه والقصاص يندرئ بالشبهات بخلاف المال فانه ثبت
مع الشبهة وقوله فانه على بكسر الواو وفتحه والكل صحيح بمعنى واحد انما اختلفت تحملت الروايتان
اي البيت وفي شرح الجامع الكبير للسنابي اذا شهد واحد على رجل انه قتل فلانا خطأ او عمدا فدفع الى
الولي الدية في الخطأ وقتل القاتل في العمد ثم جاء المشهود بقتله حيا فالدية في الخطأ ان شاء رجع على
الاجنبي لانه اخذ بغير حق ولا يرجع هو على احد وان شاء اخذ الشهود لانهم تسببوا للقتل بغير حق
وهم يرجعون على الولي لانهم ملكوا المضمون وهو الدية باداء الضمان فسلم ان الولي اخذ مالهم في العمد
لا يجب القصاص على الولي ولا على الشهود لان القضاء ورث شبهة لكنه يجب الدية ويخير ورثة
المقتول بين ان يضمن الولي الدية ولا يرجع هو على احد وبين ان يضمن الشهود ان شاءوا لان عندهم
وهما لا يرجعان عنه اي حنيفة لانهم لم يملكوا المضمون وهو الدم لانه لا يقبل التملك لانه ليس
مالا وعندهما يرجعون بما ضمنوا لان اداء الضمان انعقد سببا لملك المضمون فمن لم يثبت الملك في
المضمون لعدم قبوله فبقيت في يده فمن غصب مدبرا وغصبه اخر ومات في يد وضمن المالك الاول
رجع على الثاني بما ضمن لما قلنا له هذا **قوله** واذا رجع شهود الفرع ضمنوا وهذا بالاتفاق لان
الشهادة التي في مجلس القضاء وهي التي بها القضاء دون منهم فكان الملك منهما السبب ولو رجع شهود
الاصل وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا لم يضمنوا ولم يذكر المصنف رحمه الله حكمه وفي شرح
القدوري للاتقاني نقل هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يضمنون وهو رواية
عن ابي حنيفة استحسن ودليل الفقيه في شرح الجامع الكبير فيما اذا شهد واحد على رجل انه قتل فلانا خطأ او عمدا فدفع الدية
على رجل ثم رجع فلان بن فلان خطأ فقضى بالدية على عاقلتها وقبضها الولي ثم جاء الشهود بقتله حيا لا يضمن

فتزوج لو بعد جوعهم وعطشهم وظهور ذلك بشهادتهم يجب الضمان عندهما خلافا لابي يوسف
لهما ان الاصلين شهدا بالمال والفرع بالقضاء وهو اقوى لانه يثبت ما لا يثبت الاصل
اما على قوله اي حسنة واي يوسف فلانهما لو رجعا بعد قضاء القاضي لا يضمنان شيئا
واما عندهما فلان الفرع ما اثبت الا ما اثبتاه فكانهما شهدا بالمال وقضى القاضي
ثم رجعا بالرجوع فلا اثر لرجوعهما لان شهادتهما لا تكون سببا للضمان ما لم يرجع في مجلس القضاء
بخلاف ما اذا رجع احد الاصلين ثم رجع الفرع لان شهادة الفرع لا تقوم بدون شهادة الاصل
يعني قال محمد في انكار الاصول الشهادة لا تقتضي الاصلان ثم لم يترددا في انه قال على انه قول ابي حنيفة
واي يوسف خاصة او قالا معا واما صاحب النهاية فقرح بان عدم الضمان بالاجماع قال المصنف
في وجهه لانهم اركنوا اي شهود الاصل السبب وهو الاشهاد وذلك لا يبطل القضاء لانه خبر يحتمل
الصدق والكذب فصار كرجوع ان هدد بعد القضاء لا يتعرض به الشهادة بخلاف ما اذا انكروا
الاشهاد قبل القضاء بقضي بضمان الفرعين حاد ارجعوا قبله حد اذا قالوا لم نشهدهم فان قالوا ما
اشهدناهم وغلطنا او اشهدناهم ورجعنا عن الاصول هذا اطلق القدوري وحكم المصنف بان الضمان
قول محمد اما عند ابي حنيفة واي يوسف فلا ضمان على الاصول لمحمد ان الفرعين ما شهدا بشهادتهما اي المجلس وقع
القضاء بها انما حضرا بانفسهما واديا فاد رجعا ضمنا وغاية الامر ان يكون شهادتهما لغت في المجلس حصة
لنفسها فرجعا ما عترادها المنقوله فيهما بالحصة عند عدم الرجوع وبالكل عند الرجوع وكاحاجة اي اعتمد
الفرعين ناسين عن الاصلين فيكون فعلهما كفعلهما ثم يشكل بما لو ضمن كذلك المحلل مع الاصلين انما ضمنا عن الاداء
بعد التحليل ولم يعمل فعلهما بل فعلهما ان وديا لو شفعا بعد التحليل وهي حسنة واي يوسف ان القضاء انما وقع بشهادة
الزوج لانهم مسدوك بشهادة الاصول فهو حاول شهد والحق ان ما يقضي به قسمان قسم لم يتعين غير شهادة
اخر المصنف دليل محمد وعادته ان يكون المرجح عنده ما اخر قوله ولو جمع الزوج والاصول جميعا
يجب الضمان عند محمد لعمل الفروع لا غير بناء على ما عرف لهما من ان القضاء انما وقع بشهادة الفروع والضمان
انما يكون برجوع من قضى شهادته وعند محمد المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء الزوج
لان المضاف وقع بشهادة الفروع ومن الوجه الذي ذكرا وهو قولهما ان القضاء بما عاين القاضي من الحجة
وانما عاين شهادة الفروع ومن الوجه الذي ذكره ابي محمد وهو ان الفروع عملوا شهادة الاصول فالمضاف
بالشهادة هو المقبول وهي شهادة الاصول وقوله والحديثان متغايران جواب عما يقال لم لم يجعل هذا للجانب
فيضمن كلا شاء الفريقين نصف المتلف فقال هما متغايران لان شهود الاصل يشهدون على اصل الحق وشهود
الفرع يشهدون على شهادتهم وقيل لان احد ايضا اشهدوا على الاخر في اداء الشهادة في مجلس القاضي والمحاسبة
بين الشهادتين فلا يعتبر شهادة الفريقين بمنزلة شهادة واحد فاثر واحد فلهذا لم يرجح بين
الفريقين في النصفين بل اثبت له الخيار في تضمين اي الفريقين شاء ولو رجع واحد من الفريقين
اذا ضمن بما اداه على الفريق الاخر بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب فانه اذا ضمن الغاصب يرجع
على غاصبه لان كلا من الشهود مؤاخذ بفعله فاذا ضمنه المشهود عليه لا يرجع به على الاخر بسبب
المتلف نقل شهادة الاصول لولا شهادة الاصول ما تمكن الفروع من النقل ولولا نقل الفروع لم
يثبت النقل فكان كل من الاصول والفروع في حق المشهود عليه بسبب الضمان اما الفروع فبالنقل
نتحيلهم الفروع على النقل اذ التحميلهم لو تهم ذلك شرعا حتى يأثمون لو تركوا النقل بخلاف الغاصب
مع غاصبه قوله وان رجع المزكون عن التزكية بعد القضاء لا ضمنوا المال مطلقا خلافا للقدوري
وذكر المصنف وغيره ان ذلك قول ابي حنيفة وعندهما لا يضمنون لان القضاء الذي جرى الاتلاف
لم يقع بالتزكية بالشهادة فلم يضف التلف اليهم فلا يضمنون وصار واكشهود الاحصان اذا رجعوا
بانا قبل الرجم لا يضمنون الدية بالاتفاق وله في حنيفة ان التزكية علة اعمال الشهادة والشهادة
علة التلف فصار التلف مضافا الى التزكية لان الحكم يضاف الى علة العلة كما يضاف الى العلة

خلاف

في الاحصان لانه ليس العلة في العلة التعليل بالعلة قلنا الزنا ليس علة
للرجم فقط وهو لا يثبت الزنا فليس علة العلم فلا يجب الضمان بل هو شرط محض اذ عند وجود
فيكون الحكم اذا تمام العلة في الحدود كان واجبا لعين الا الزنا بالاتفاق فعرفنا ان الحكم
لا يضاف الى علة العلة الا عند عدم العلة وعند وجودها لا يضاف الا اليها وهذا موضع شكل في
المبسوط شهود الزنا والردة وذكروا قالوا المزكون على انهم احرار مسلمون هم احرار مسلمون فرجعوا
ثم تبين انهم عبيد او كفار فان ثبت التزكون على انهم احرار مسلمون لا ضمان عليهم ولا على شهود
الشهود اما الشهود فلانهم لم يتبين كذبهم في الشهادة بل الواقع ان الشهادة على البطلين من
عبيد او كفار واما المزكون فلانهم اعتمدوا قول الناس في ذلك وليس اخبارهم القاضي بمثل
شهادة اما لو رجعوا قالوا تعمدنا الكذب فعليهم الضمان في الثلثة عند ابي حنيفة وعندهما الدية في
بيت المال في الوجهين لان المزكين ما اثبتوا سبب الاتلاف وهو اقرارنا انما اثبتوا على الشهود
خبرا وهو احتمال يتولد جملوا ما ليس بموجب اعني الشهادة موجبا بالتوكة اي اخذ يعني ما ذكرنا قوله
واذا شهد شاهدان بايمان اي شهد بتعليق زوجته قبل الدخول بها مع دخول الدار بتعليق عتق
عبد به ثم شهد اخران بدخول الدار فقضى بالطلاق والعتاق ثم رجع الفريقان فالضمان للمضاف المهر
وقيمة العبد على شهود اليمين خاصة واحتر زبلفظ خاصة عن قول زفر فانه يوجب الضمان على الفريقين
بالسوية قال لان التلف حصل بشهادتهم قلنا القضاء بالعتق والطلاق انما هو بثبوت قول الثانين
وانت عرفان العتق في الوقوع وهذا الذي سماه المصنف السبب وذلك انما انتفت شهود اليمين بخلاف
شهود الدخول لان الدخول لم يوضع علة شرعا للطلاق والعتاق فلم يكن علة واذا اضيف الدارج مع وجود
الحائز وهما سيان غير ان الواقع حقيقة سبب اقوى من الحفر لان العلة انما هي النقل فلان يضمن شهود
العلة دون مباشر السبب اولى ولهذا اذا رجع شهود التخيير مع شهود الاختيار يضمن شهود
الاختيار خاصة لان الاختيار هو العلة والتخيير سبب ولا يلزم على هذا الشهود انه تزوج فلانة وشهد
احدان انه دخل بها وقضى بكل المهر ثم رجع يضمن على شهود الدخول وان كان وجوب المهر بالتزوج
لان شهود الدخول يثبتون ان الزوج استوفى عوضا وجب عليه بالتزوج فخرجت شهادتهم من
ان تكون اتلافا ثم مقتضى ما في وجه الافراد شهود اليمين ما لضمان ان يجب على شهود الشرط لو
رجعوا
رجعوا بسببهم بانباتهم ما يثبت السبب عندهم خلاف ما اذا رجع مع شهود اليمين وحكى المصنف
فيه اختلاف المشايخ ثم ان الصحيح ان اكثر المشايخ يضمنون لانهم سببوا في التلف بغير حق لان
لهم له اثرا في وجود العلة عند فيكون سبب الضمان عند عدم العلة بخلاف الاحصان انها اثر
في منع وجود العلة لان الدخول بنكاح صحيح سبب الامتناع من الزنا لا سبب اثباته فلا يلحق بالعلة
وحمل شمس الائمة هذا عن بعض مشايخنا على ما ذكرنا من كلام العتابي ثم قال وهذا غلط بل الصحيح
من المذهب ان شهود الشرط لا يضمنون لما نص عليه في الروايات لان قوله انت حر مباشر الاتلاف
وعند وجود الشرط يضاف اليه لا الى الشرط سواء كان تعديا او لا بخلاف مسئلة الحفر فالعلة هناك
تثقل المتابعي وذلك ليس من مباشر الاتلاف في شيء فلهذا يجعل الاتلاف مباشر الشرط وهو ازالة
المسكة وهو يخفى عليك ان صورة رجوع شهود الشرط وحدهم فلا ان يختلف في عدم الضمان
عليهم والله سبحانه وتعالى اعلم كتاب الوكالة اعقب الشهادة بالوكالة لان
كلا من الشاهد والوكيل شارع في تحصيل مراد غيره الموكل والمدعي معتمد عليه كل منهما والوكالة
لغة بفتح الواو وكسرها اسم للتوكيل وهو تفويض امرك الى من وكلته اعتمادا عليه فيما تفوض
منك او عجزا عنه والوكالة ايضا اسم للعجز والتوفة وكل منهما للمصنف وكذا كان معنى الموكل من
فيه ضعف وفسر قوله البزدوي وكابي بكسر سوداء اجرليا كرمي غير وكل وقال التوفاني والسوذ ق

قوله وهذا الذي ذكرناه اي من جواز التوكيل بالاثبات ... ومن جهة المخزوف والسروج منضما الى بينة على السبب
قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف لا يجوز الوكالة باثباتها وقول محمد مضطرب تارة يضم الى ابي يوسف وتارة الى ابي حنيفة ولاجل
كلام المصنف ترجيحه ولذا اختار في المبسوط وقيل هذا الخلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف عند غيبة الموكل فلو وكل بالاثبات وهو
حاضر جاز اتفاقا لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره وابي يوسف ان التوكيل انابة وشهة النيابة تحترز عنها في هذا الباب
ابواب الحدود والقصاص حتى لا يثبت بشهادة على الشهادة ولا بشهادة النساء مع الرجال بخلاف الوكيل
بالاستيفاء حال الغيبة وابي حنيفة ان حضور الشهود شرط محض لثبوت الحدلان وجوبه انما يضاف الى نفس الجناية لا الى الخصومة والظهور
اي ظهور الجناية انما يتأتى في فصل الشهادة لا في السعي في اثباتها فكان السعي في ذلك كسائر الحقوق فيجوز القيام بالخصومة
وانتفاء المانع وقوله سائر الحقوق اي مالية فتجوز الوكالة بهذا الحق كما في الحقوق واحاجة الى تفسيره بجميع الحقوق هذا على ما في
صحاح الجوهري ثم تحقيقه انه بانتفاء ما هو معنى البلية والجبر عن او تدفع انتفاء المانع فان عن الخصومة ليس الا السعي في اثبات سبب الحد
والاصل فيه ووضع الشرع والاحتياط في استفاده فان قيل لو صح عن لم يجز اثباتها من الموكل نفسه على ما ذكرت لانه ساع في اجارة وذلك
محل الاجماع قلنا الفرق ان الوكالة فيها زيادة تحيل وزيادة تكلف لانه اذا ظهر انه توكيل لا استيفاء به على لضعفه مؤنة
الاثبات والشرع اطلق في اثباته لا بذل المكلف الزايد والنهاك فيه بل اذا عجز ترك لانه صلى الله عليه وسلم قال للذين اتهموا ماعزا حين
هرب لما اذلقته الحجارة هلا تركتموه او نحو ذلك قوله وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والقصاص اجاز ابو حنيفة
ومنعه ابو يوسف وهو ظاهر ان كلام ابي حنيفة هنا اظهر منه بالوكالة باثباتها لان الشبهة التي لها منع ابو يوسف هنا لا تمنع الدفع
بل ينبغي ان يقول بجواز الوكالة بدفعه ثم لا يجوز التوكيل الا اقرار الموكل لا هو قول ابي حنيفة خلافا هنا عجيب والله اعلم ثم وجه عدم صحة
اقرار الوكيل في جهة المطلوب هنا وجوان نحقق ان الوكالة بالخصومة انصرفت الى الجواب مطلقا نوعا من المجاز فتعتبر عهوده فيما
لا يندري بالشبهات ويخص منه الاعتراف فيما يندرئ بها بالشرع العام في الدرء بالشبهات وفيه اعتراف بشبهة في عدم الامر به قوله
وقال ابو حنيفة رحمه الله لا يجوز التوكيل بالخصومة من قبل المدعي والمدعى عليه الا ان يكون الموكل مريضا او غايبا مسيرة
ثلثة ايام فصاعدا وفاقا لا يجوز ذلك بغير رضى الخصم وهو قول ان فيج قال الا نصف رحمه الله وخلافا في الجواز ايضا الاختلاف في اللزوم
قالوا فعلى هذا قولان لا يجوز التوكيل الا بعذر لا يلزم الا بعذر لان الاخر والكل بعض ما اتفق عليه بعذر من التقرير المذكور وبسبب
ان المفهوم من عبارات محمد والحسن والطحاوي وكثير خلاف ذلك وساق عبارتهم فلم نزد على ما علق من نحو قول القدوري المسطور
هنا وهو انه يجوز التوكيل الا بعذر لخصم وسمى قد علموا ذلك ولم يشكوا فيه وانما فسروه بذلك وسبق المصنف سلم الائمة الى ذلك قال
التوكيل بالخصومة عند غيبة ذي الخصم صحيح لكن لخصم ان يطالب الخصم ان يحضر بنفسه ويجيب ومحز هذا الكلام كثيرا ما نفيد ان المراد
ما ذكروه وسبب ذلك انه لما لم يعرف لامر التوكيل بالخصومة فرض لا يكون رضاء كما في سائر ما فيه خصومة الوكيل والمتسع
حتى تجدد له وكالة احتاج على ما هو مقتضى الظواهر التي ساقها على ان المراد بلا يجوز الا برضاه انها لا تقضي على الاطلاق فلزم عليهم
الا ان يبرضى ومعنى هذا ليس الا ان اللزوم عليه موقوف على رضاه وهو معنى اتفاق ما علق القدوري ومن العبارات التي نقلناها عن ابي حنيفة واجل
ولا لم حاضر مسيرة صحيح الا ان يرضى خصمه وهي مزيدة من التقرير المذكور والحاصل انه يجب التوكيل على ما ذكر اللزوم حتى اذا وكل لا فرق الا قدر
الحاجة في سماع خصومة الوكيل الجديد ووكالته كما هو لا زم ما اعتبر من ظاهر الجواب لها ان التوكيل بالخصومة تفرق في الخصومة
حتى انه لا يبعد عنه فاستثنائه فيه مفرق في الفرق حتى لا يتوقف على رضى غريم وصار كالتوكيل بغير ذلك بتقاضي الديون ونحوه وان جواب
الخصم مستحق على خصمه ولا يستحقه عليه ليستحضره الحاكم قبل ان تثبت له عليه سنى ليجيبه عايد عيه عليه وغاية ما ذكر ثم انه تصرف
في الخصومة فتعين الى ان يفرق الا ان نقول الخصومة اما ستؤدى الى الاضرار بالغير ولا شك ان الناس سنا وتوفي في الخصومة كما صح
قوله عليه السلام انكم تختصمون الي ولعل بعضكم ان يكون الحن بحجته من الاخر فاقضي له فمن قضيت له بحق اخيه فانما هي قطعة من نار فعلوم

انه الوكيل انما يتصف عادة لاستحراج الحيل والتعاوي ايا الحالة يغلب ظن الحاكم حيث الحق وينبغي هذا الخصم حيث ... ظاهر
فلا يلزم الا بالتزامه وصار كالعبد المأذون اذا كان متهما لا يتصرف في كل ما شاء ... وهو الذي ذكرناه الاصوات الا ان كان
له نسخة وهل نستأجر دابة ليركبها لحاجة يباشرها نضر فيه حمله ومحل ذلك لا يجوز الا بعذر من الاعذار المجوزة للتوكيل
والركوب خلافا لما قاساه عليه من الصناع في الدين فانه يحق ثابت معلوم بعضه من غير ضرر الا الاخر فيه فان القبض معلوم
عكس حمله الى المظلوب ان نفي ما عليه والاستيفاء حق معلوم اذا حاوزه ضرر عليه خاصة فان ضررا استدعى نفي التعدي
وعدم المماطلة في القبض لتضمنها التحيل على اثبات ما ليس بثابت او دفع ما هو ثابت والاجتهاد لا يغير رضاه الا اذا كان معذورا وذلك
بسفر فانه يعجز عن الجواب بنفسه مع غيبته او مرضه وتوكيل على وجه يمكن معه الخصومة ان لم يرض فيه استرضا الخصم لم يتمكن عدمه
فلهو جايز الوقوع ولا دليل لاحد تمسك به والذي يختاره ان القاضي اذا علم من المدعي التعنت في ايثار التوكيل بتعليله من غير رضاه
واذا علم من الموكل العضة الى الاضرار بالتوكيل لا بعلة الا بعرض الاخر فينصائل دفع الضرر من الجانبين ثم ذكر في حد المرض بان لم
يستطع المشي ويقدر على الركوب ولو على انسان لان يزداد مرضه صح التوكيل وان لم يزده واختلفوا فيه والصحيح انه ان يوكل
لان نفس الخصومة منظنة زيادة سوء المزاج فلا يلزم به ولا يلزم التوكيل من المسافر لتمكنه من الحاضر عند ارادة السفر بخلاف القاضي
اذا بعد في دعواه اراد ته فينتظر الى زيه ومدة سفره ويسأله مع من يريد ان يخرج فيسأل ويفتاه عن ذلك كما اذا اراد فتح الاجارة
عذر السفر فانه لا يصدق اذا لم يصدقه الاخر فيسأل كما ذكرنا فان قالوا نعم تحقق العذر وقسما قوله ولو كان المرأة مخدرة
قال الرازي وهذا الامام الكبير ابو بكر الجصاص احمد بن علي الرازي يلزم التوكيل سعيا لانها لو حضرت لم تستطع ان تنطق بحجتها حتى
فيلزم توكيلها او يضع حقها قال المصنف وهذا شئ استحسنه المتأخرون وعليه اعتمد ما عليه ظاهر الحال والاصل وغيره عن ابي حنيفة فرق
بين البكر والثيب المخدرة والمبرزة والفتوى على ما اختاروه من ذلك وحضر فتخصيص الرازي ثم تعميم المتأخرين ليس الا فاقة
انه المبتدي بتقريع ذلك وتبعهم ثم ذكر في النهاية في تفسير المخدرة البرزة وهي انها التي لا يراها غير المحارم من الرجال اما التي
جلبت على المنصة فرآها الرجال لا تكون مخدرة وليس هذا بحسن بل ذكر المصنف من قوله وهي التي لم تجر عادتها بالبروز فاعتبر
المنصة فقد تكون عادة لقوم فتفعله بهاوالدها ثم لم يعد لها بروز ومخالطة في قضاء حوايجها بل بفعله لها لغير حاجة لزم توكيلها لان
في الزام الحجاب تضييع حقها وهذا حسن استحسنه المتأخرون وعليه الفتوى ثم اذا وكلت فلا بد من يمين بعث الحاكم اياه لان الوكيل
ليس بخصم في احد عم ويشهد الاخران على يمينه او نكولها وفي ادب القاضي للصدر الشهيد اذا كان المدعى عليه مريضا او مخدرة وهي التي لم
يعهد لها الخروج الا لضرورة فان كان القاضي ماذونا بالاستخلاف بعث نائبا يفصل الخصومة هناك وان لم يكن امينا وشاهدين
يعرفان المرأة والمريض فان بعثها ليشهدان على اقرارهما او انكارهما مع الامين ليبلغاه الى القاضي ولا بد لذلك من الدعوة
فاذا شهدا عليها قال الامين وكل من عرف خصمك مجلس الحكم فيحضر وكيله ويشهدان عند القاضي بانقراره او نكوله لتقام البينة
على ذلك الوكيل ولو توجه يمين على احد هما عرضه الامين عليه فان ابى ان يحلف عرضه ثلثا فاذا نكل امره ان يرجع من مجلس
ليشهد على نكوله لحضرته فاذا شهد بنكوله حكم القاضي عليه بالمدعي بنكوله قال السرخسي هذا اختيار صاحب الكتاب فانه
لا يشترط القضاء بالنكول ان يكون على اقراره النكول فاما بزم من المشايخ فشرطوا ولا عمل القضاء بذلك النكول وقال بعضهم لا يحكم
بالنكول حتى يقول ان هداني القاضي مع وكيلها فيقضيه القاضي وقال بعضهم يقول القاضي للمدعي اقم البينة حتى احكم بنكولها
بذلك ثم قال فاذا رضي بعث امينا بالحكم الى الخصم يخبره بذلك فاذا رضي بحكمه وحكم فان كان مما لا اختلاف فيه نفذ وان كان فيه خلاف وقع
على اصل القاضي والقضاء بالنكول مختلف فيه فاذا امضاه نفذ على الكل وفي الدرجة من الاعذار التي توجب لزوم التوكيل بغير رضى الخصم
عند ابي حنيفة خوف المرأة اذا كان القاضي يقضي في المسجد وهو على وجهين ان كانت طالبة قبل ان التوكيل بغير رضاه او مطلوبة
ان احرزها الطالب الى ان تخرج القاضي من المسجد لا يقبل توكيلها بل ارضى الطالب ولو كان الموكل محبوسا فعلى وجهين ان كان في حبس
هذا القاضي لا يقبل التوكيل بلا رضاه لان القاضي يخرجه من السجن لخاصم ثم يعيده وان كان في حبس الوالي وكان يمكنه الوالي من الخروج
للخصومة يقبل منه التوكيل قوله ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل مالك التصرف وتلزمه الاحكام فهذان شرطان للوكالة
في الموكل فعلم انها مستقيم الاول على قوله اما على قوله فلا لانه لا يجيز توكيل المسلم الذمي ببيع خمر او شرائها والمسلم لا يملك بالشرة
عند ابي الوكيل ما لك التصرف الذي وكل به واجاب بعضهم بان المراد بملكه للتصرف ان يكون له ولاية شرعية بجنس التصرف
باهلية نفسه بان يكون عاقلا بالغا وهذا اعم فيتوكيل المسلم الذمي ببيع خمر وشرائها ثم حد ارعم بما هذا له لك وهو خطأ اذ يقتضي

ان الامر تولى الصبي الماذون لعدم البلوغ (بس بيع بل اذا تولى الصبي الماذون بيع تعين ان يتعلق حقي البيع واورد عليه ما اذا كان
بيع عبدي هذا بعبد اواسه عبد اصح التوكيل مع انه لا يصح مباشرة للوكل لتعلق هذا الحق فلو قال لغيرك بعتك عبدي هذا بعبد او اشتريت
هذا العبد بعبد ما يجوز اجيب بالفرق بين التوكيل والمباشرة فان حقا ما تعلق في المباشرة بالتوكيل وذلك لانها اقامة الموصايا
بالمباشرة لا ان اقامة الشيء في تعلق البيوع فيغير من شرطها حاضرا وشرابه وجهالة الوصف يفضي اليها في التوكيل لانه
ليس بلازم بخلاف المباشرة للزومها ثم اذا صح التوكيل بذلك فان كان مباشرا فاشتري عبدا بغير عينه لا يجوز خلافا لهما اشتري
الوكيل بنفسه او بعينه ان كانت قيمته مثل قيمة العبد او اقل يسيرا لا يتغابن فيه لا يجوز وذلك لوكالته بالبيع ذكره في الهداية واعلم ان قوله
فان كان مباشرا فاشتري عبدا بغير عينه لا يجوز خلافا لهما اشتري الوكيل بنفسه ليس على اطلاقه بما عرف من مذهبنا في سراية احد العبدين
او الثوبين او الطلاقة بغير عينه على ان ياخذ ايهما شاء صح ويكون في خيار الشرط واما الشرط الثاني وهو قوله ويلزمه
الاحكام فلان التوكيل يستفيد الوكالة من الموكل ولا بد من كون الموكل يملكه ثم قيل هو احتراز عن توكيل الوكيل فان الوكيل لا يتصرف
حكم تصرف وهو الملك فلا يصح توكيله الا ان يصح به حقيقة او معنى كما سنذكره وقيل بل عن الصبي والعبد المحجورين فانهما لو اشتريا
شيئا بإذن مولاه فلا يصح توكيلهما وصح واورد عليه الوجه انه يلزم صحة توكيل الوكيل بسبب انه ملك التصرف فيملك توكيله والجواب
ان ملكه شرطا جواز تمليكه لا مطلقا ليلزم من وجوده الوجود فجاز ان لا يوجد عند وجود الشرط فقد شرطا اخر كما مع فقد العلة
قوله ويشترط الى اخره - تقدم شرط الوكالة في الموكل وهنا شرط ثان في التوكيل وهو كونه ممن يعقل العقد ويعقده اي يعقل معنا
اي ما يلزم وجوده من انه سالب بالنسبة اليه كل من المتعاقدين جانب الى كل منهما فيسلب عن البائع ملك المبيع ويجب له ملك البدل
وفي المشتري قلبها وينقضه لفائدته وقول بعضهم ان هذا الشرط احتراز عن العزل يعني ان من شرط الوكالة ان لا يعزل الوكيل في
البيع والشرا ايا ربنا ما بين صحة الوكالة وكون الوكيل عزل في بيع ولو كان في بيع ولو كان في بيع ما وكل ببيعه غايته ان لا يصح ذلك البيع والوكالة
صحيحة وخرج به الصبي الذي لا يعقل ذلك هو المجنون فلا تصح وكالة احد منهما واما اشترط ذلك في الوكيل لانه قائم مقام الموكل في العبارة
والموكل لا يصح عقده وعبارته به الا اذا كان يعقل ذلك واما زيادة عقليه العزل لما حتى من غير فلا ينبغي اشتراطه نعم ان وكله
بان يبيعه لا يغبن فاحش فحسن لكن ينبغي ان تصح الوكالة ويشترط في صحة بيع الوكيل ان يتقدمه قبل بيعه قوله واما اولا فلحد
البالغ او الماذون شاملها جاز واطلق في الماذون ليشمل كلا من العبد والصبي الماذون بين في التجارة لاجتماع الشروط وهي ملك الموكل
التصرف ولزوم الاحكام وعقلية الوكيل معنى العقد ولم يذكر مع البلوغ لان اشتراط العقل يغنيه كل احد ومعلوم ايضا ان قوله
شاملها ليس بقيد بل مثلها او اعلى حالا منها كتوكيل العبد الماذون حرا وعدوا منها كتوكيل الحر البالغ عبدا ماذونا قوله وان وكل صبيا
محجورا عليه بمثل البيع والشرا او عبدا محجورا عليه جاز وتعلق الحقوق بهما بل موكلها هذا الكلام له منظوم ومفهوم فمنظوقه ظاهر
ووجه ما ذكره المصنف من ان الصبي العاقل من اهل العبارة حتى لو تصرف باذن وليه والعبد في كل التصرف يتعلق حق نفسه مالك له وانما لا
يملك فيه حق المولى والموكل ليس بتصرف من الموكل في حقه الا انه لا يصح منهما التزام العهدة فالصبي لقصور اهليته والعبد لحق سيده
فيلزم الموكل ويبرء من كون اشتراه تعلق الحقوق بالعبد بحق السيد انه لو اعتق سيده ان باشر اسبب الزمته الحقوق بخلاف
الصبي لو باشر اسبب الزمته الحقوق بخلاف الصبي لو باشر ما وكل به ثم بلغ لا يرجع اليه واما معنوه فهو ان الوكيل لو كان صبيا
ماذونا او عبدا ماذونا فعلقت الحقوق بهما لكنه ليس بمطلق بل اذكر فيه تفصيلا في الهداية قال ان كان الوكيل صبيا ماذونا فان
وكل بالبيع بثمن الحال او موجل فباع للزمته العهدة او بالشرا ان كان بثمن موجل لا يلزمه العهدة قياسا واستحسانا فيطالب البائع
بالثمن الا ترى الصبي وذلك لان ما يلزمه من العهدة ضمان كفالة لا ضمان غصب لان ضمان الثمن ما يفيد الملك للضامن في المشتري
وهذا لا يفيد الملك للضامن انما الذي يلزم ما لا يحل موكله استوجب مثله في ذمته وهو معنى الكفالة والصبي الماذون يلزمه ضمان
الثمن لا ضمان الكفالة واما اذا وكله بالشرا بثمن حال في القياس ان لا تلزمه العهدة وفي الاستحسان يلزمه لان الصبي ملكا حكما
في المشتري فانه يحبسه بالثمن عن الموكل حتى يوفيه كما لو اشترى لنفسه ثم باع منه والصبي الماذون من اهل ان يلزمه ضمان الثمن
كالذي ما اذا كان الثمن موجلا لانه بانقضاء من الثمن لا يملك المشتري لا عينه ولا حكما فانه لا يحبسه عن الموكل الى الاستيفاء والعبد اذا
توكل في هذا التفصيل ثم اعلم ان الصبي والعبد المحجورين وان تعلق بهما فلم قضاها الثمن وتسليمها المبيع اعتبار لما ذكر في الكتاب
بعد هذا في التوكيل بعقد السلم فقال والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيقبضه وان لم تتعلق بهما الحقوق كالصبي
والعبد في المبسوط ان كان المامور مرتدا او لحربيه او من اهل العبارة المعتبرة ولكن يتوقف حكم العرضة عند ابي حنيفة فان اسلم

Süleyman... Kütüphanesi
Kısım: AZİZ EFENDİ HÜSEYİN PAŞA
Yeni...
Eski Kayıt No: 214